

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**LUÍS OSSAMU GELATI NAGAO**

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL NO  
DIREITO BRASILEIRO: DIÁLOGOS COM O NOVO CÓDIGO FLORESTAL**

**CURITIBA  
2012**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE DIREITO**

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL NO  
DIREITO BRASILEIRO: DIÁLOGOS COM O NOVO CÓDIGO FLORESTAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Karin Kässmayer

**CURITIBA**  
**2012**

Dedico este trabalho ao Mario Nagao, à  
Marlene Gelati Nagao e à Cacá, que me  
acompanham desde os primeiros passos.

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Mario Nagao e Marlene Gelati Nagao, a minha irmã Cláudia Mayumi Gelati Nagao e aos demais familiares, pelo apoio incondicional, pelas críticas necessárias e pelo amor indescritível. Obrigado por estarem ao meu lado sempre que se fez – e se faz – necessário. Carrego muito de vocês em cada sorriso e em cada desafio enfrentado.

Aos colegas, amigos e amigas de dentro e de fora da Universidade, a quem tento agradecer diariamente e com quem compartilho momentos de alegria e de tristeza. Sem o seu companheirismo, a jornada até aqui seria bastante melancólica.

Aos “PERSONAS” (André Shimada, Fábio Tamborlin, Felipe Liebl, Guilherme Zasevski Almeida, João Francisco, Luís Accierini e Nelson Garcia), mais do que colegas de sala, irmãos nesses 5 anos de Faculdade. Como consta em uma de nossas camisetas, *“uma vez persona, sempre persona”*.

À professora Karin Kässmayer, pela paciência e cortesia com que me tratou nas aulas de Direito Ambiental e Direito Urbanístico e no decorrer da orientação desta monografia. Não fossem suas inúmeras contribuições, certamente este trabalho não seria metade do que é.

Ao professor Daniel Wunder Hachem, não apenas pela gentileza de aceitar o convite para participar da Banca Examinadora deste trabalho, mas também pela solicitude com que me ajudou em uma simples conversa de biblioteca.

À professora Eneida Desiree Salgado, pela oportunidade da Monitoria e pelo modo com que, desde meu ano de calouro, cativa-me com seu viés questionador acerca do fenômeno jurídico.

Aos demais professores que lecionam no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela dedicação e seriedade com que levam a carreira docente. Além do mero conhecimento técnico-científico, tenho certeza de que, na rotina de subir e descer as escadarias do Prédio Histórico, deles recebi lições de vida.

Aos supervisores e colegas de estágio na Procuradoria Geral do Estado, no Ministério Público Estadual, na Advocacia Geral da União e na 23ª Vara Cível. Deixei cada estágio com a convicção de muito ter aprendido e, principalmente, com imensa saudade dos amigos que fiz.

Aos ídolos da música e do esporte, cujas canções e/ou performances me inspiram a, dia após dia, seguir em frente. Ao “Até Parece Futebol Arte” e às equipes de handebol, futsal e tênis de mesa de que participei. Serei eternamente grato pelo companheirismo e pelo exemplo de luta e superação.

A Deus, pela sabedoria com que guia nossos caminhos.

À Fernanda, por tudo.

*Mama told me when I was young  
Come sit beside me, my only son  
And listen closely to what I say  
And if you do this it will help you some sunny day*

*Take your time, don't live too fast  
Troubles will come and they will pass  
Go find a woman and you'll find love  
And don't forget, son there is someone up above*

*And be a simple kind of man  
Be something you love and understand  
Baby, be a simple kind of man  
Won't you do this for me, son?  
If you can?*

*Forget your lust for the rich man's gold  
All that you need is in your soul  
And you can do this if you try  
All that I want for you my son?  
Is to be satisfied*

*And be a simple kind of man  
Be something you love and understand  
Baby, be a simple kind of man  
Won't you do this for me, son?  
If you can?*

*Boy, don't you worry, you'll find yourself  
Follow your heart and nothing else  
And you can do this if you try  
All I want for you my son  
Is to be satisfied*

*And be a simple kind of man  
Be something you love and understand  
Baby, be a simple kind of man  
Won't you do this for me, son?  
If you can?*

*Baby, be a simple man  
Be something you love and understand  
Baby, be a simple man*

Simple man  
(Lynyrd Skynyrd)

## RESUMO

A Constituição Federal de 1988, além de fixar as competências dos órgãos estatais e a proteção dos direitos de liberdade, materializa fins e tarefas constitucionais no âmbito do Estado Democrático de Direito. Nessa linha, a Magna Carta prevê também diversos direitos fundamentais (direitos de liberdade, direitos sociais e direitos difusos) não restritos ao rol do art. 5º da Constituição Federal, a exemplo do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado insculpido em seu art. 225. Nesse panorama, é cediço que diversas normas constitucionais (inclusive a norma definidora do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), para que tenham a plenitude de seus efeitos alcançada, dependem de concretização legislativa no plano infraconstitucional. De outra banda, é forçoso advertir que os diversos direitos fundamentais previstos na ordem constitucional brasileira constantemente interagem e, não raro, colidem entre si. À luz dessas considerações, a presente monografia tem como escopo central o estudo do princípio da proibição de retrocesso socioambiental, que veda ao legislador infraconstitucional retroceder, mesmo que de modo prospectivo, quanto ao nível de concretização legislativa atingido por determinada norma constitucional. Com efeito, a incidência do princípio em comento não se limita à seara dos direitos fundamentais sociais, evidenciando-se, por exemplo, no campo do Direito Ambiental. Nesse sentido, este trabalho acadêmico aponta a pertinência da interlocução entre o princípio da proibição de retrocesso socioambiental e o novo Código Florestal Brasileiro (Lei Federal nº 12.651/2012, complementada pela Lei Federal nº 12.727/2012), diploma legislativo que, em essência, depara-se com a tarefa de conciliar a proteção do meio ambiente e a realização de atividades produtivas viáveis economicamente e socialmente justas. Desse modo, é imperioso traçar a análise dos contornos gerais do princípio da proibição de retrocesso (socioambiental) e de sua esfera de aplicação. Então, com base nas constatações obtidas, urge promover o diálogo crítico entre o princípio da proibição de retrocesso socioambiental e algumas das alterações legislativas decorrentes do novo Código Florestal Brasileiro, considerando também aspectos imprescindíveis como a sustentabilidade, o princípio da precaução e a regra da proporcionalidade.

Palavras-chave: concretização legislativa de direitos fundamentais; princípio da proibição de retrocesso socioambiental.

## **ABSTRACT**

The 1988 Federal Constitution, beyond fixing the State organs' competences and the protection to the liberty rights, materializes constitutional ends and tasks under the Democratic Law State. In accordance to that, the Federal Constitution also foresees several fundamental rights (rights to liberty, social rights and diffuse rights) not restricted to the roster contained in the 5th article of the Federal Constitution, such as the fundamental right to an environment ecologically balanced in its article 225. Within this framework, it can be said that several constitutional norms (including the norm that defines the fundamental right to an environment ecologically balanced), in order to have their effects fully reached; depend on legislative concretization within the infra-constitutional framework. Conversely, it must be warned that several fundamental rights foreseen within the Brazilian constitutional order constantly interact and, often, collide among themselves. In the light of these considerations, the present work's central aim is to study the principle of forbiddance of socio-environmental regress, which denies the infra-constitutional legislator the possibility of regression, even in a prospective way, as to the level of legislative concretization reached by certain constitutional norm. Indeed, the incidence of the discussed principle is not limited to the field of social fundamental rights, becoming clear, for example, in the field of Environmental Law. Accordingly, this academic work shows the pertinence of the dialogue between the principle of forbiddance of socio-environmental regress and the new Brazilian "Código Florestal" ("Lei Federal" nº 12.651/2012, complemented by the "Lei Federal" nº 12.727/2012), legislative diploma that, essentially, faces itself with the task of conciliating environmental protection and the realization of economic viable and socially fair productive activities. Thus, an analysis of the general framework of the principle of forbiddance of socio-environmental regress and its sphere of application must be traced. Hence, taking the obtained findings as a basis, one should urge to promote a critic dialogue between the principle of forbiddance of socio-environmental regress and some of the legislative changes deriving from the new Brazilian "Código Florestal", having in mind also vital aspects, such as sustainability, the precaution principle and the rule of proportion.

Key words: legislative concretization of fundamental rights; principle of forbiddance of socio-environmental regress.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA .....	14
1.1. A Constituição Federal e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais.....	14
1.2. A proibição de retrocesso no direito comparado.....	22
1.3. O princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro.....	29
CAPÍTULO II – A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE, A INTEGRAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL.....	38
2.1. Notas sobre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.....	38
2.2. A sustentabilidade e o princípio da precaução.....	45
2.3. A regra da proporcionalidade e a solução de colisões entre direitos fundamentais.....	55
2.4. O princípio da proibição de retrocesso socioambiental.....	63
CAPÍTULO III – ANÁLISE DE CASO: REFLEXÕES SOBRE O NOVO CÓDIGO FLORESTAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL.....	75
3.1. Breves considerações.....	75
3.2. O princípio da proibição de retrocesso socioambiental e o novo Código Florestal: análise do art. 15, art. 3º, parágrafo único, art. 4º, §5º e art. 67 da Lei Federal nº 12.651/2012.....	80
CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS.....	100

## INTRODUÇÃO

Após conturbado período de ditadura militar, a promulgação da Constituição Federal de 1988 consiste num importante marco da trajetória política e jurídica brasileira rumo à redemocratização. Com efeito, em função do berço emancipatório em que foi criada, a Magna Carta não apresenta a pretensão de tornar-se uma mera “*folha de papel*”.<sup>1</sup>

Pelo contrário, atribui-se à Constituição Federal um caráter dirigente, à medida que, como assevera José Afonso da Silva, “[...] *define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática.*”<sup>2</sup> Além disso, constata-se na Constituição Federal a existência de várias disposições indicadoras de fins sociais, que têm por objeto estabelecer princípios ou traçar programas de ação para o Poder Público.<sup>3</sup>

Os 250 artigos e 97 disposições transitórias consagrados na Magna Carta evidenciam a intenção do constituinte de proteger o rol de reivindicações e conquistas em face de eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos.<sup>4</sup> Inclusive, o constituinte consagrou, em favor de todo cidadão brasileiro, um vasto rol de direitos fundamentais dotados de aplicação imediata, que não se esgotam no catálogo previsto no art. 5º da Constituição Federal.

Nesse panorama, mesmo que se admita que o processo de globalização mitigou, em alguma medida, o caráter dirigente da Constituição Federal, é forçoso reconhecer, na linha de José Joaquim Gomes Canotilho, que ainda restam importantes dimensões do dirigismo e da programaticidade constitucional, pois o legislador tem sua liberdade de conformação relativizada ao permanecer adstrito aos fins constitucionais.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> A expressão é de Ferdinand Lassalle. Segundo o jurista alemão: “*De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder.*” Cf. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 64.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 136-137.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 114.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 64-65.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. [Anais de teleconferência]. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14-15.

O presente trabalho acadêmico tem como escopo justamente a análise de importante mecanismo referente à relativização da liberdade de conformação do legislador - trata-se, aqui, do princípio da proibição de retrocesso.

Sem adentrar nas numerosas classificações normativas já formuladas doutrinariamente, é cediço que determinadas normas constitucionais, a fim de que tenham a plenitude de seus efeitos concretizada, dependem de regulamentação pelo legislador infraconstitucional.

Em face dessa constatação, o princípio da proibição de retrocesso lança, desde logo, uma incômoda questão: se – e até que ponto – pode o legislador subtrair da norma constitucional o grau de concretização já alcançado no âmbito da legislação infraconstitucional, ainda que prospectivamente e sem que se altere o texto constitucional. Ainda, conforme a solução adotada em face do questionamento proposto, cabe indagar quais seriam as normas constitucionais e, de modo específico, os direitos fundamentais albergados pela proteção do princípio da proibição de retrocesso.

Nesta monografia, analisar-se-á, na esteira de diversos doutrinadores<sup>6</sup>, a incidência do princípio da proibição de retrocesso também na seara ambiental.

Como é notório, a preocupação com a proteção do meio ambiente tem sido uma constante nas agendas internacionais. O poder constituinte tampouco se eximiu de sua responsabilidade com as presentes e futuras gerações, de forma que o art. 225 da Constituição Federal assegura o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O art. 225 da Constituição Federal, tal como outros preceitos constitucionais voltados à proteção do meio ambiente, depende da atividade do legislador infraconstitucional para que a totalidade de seus efeitos essenciais seja concretizada, o que, por si só, demonstra a proximidade do tema com o princípio da proibição de retrocesso, destinado a evitar a minoração dos níveis de proteção conferidos por uma norma infraconstitucional também em matéria ambiental.

Porém, urge realizar uma advertência: embora seja tentador adotar premissa diversa, não se pode olvidar que a Constituição Federal, ao lado da proteção ambiental, consagra também interesses socioeconômicos, como a livre iniciativa e o

---

<sup>6</sup> Cf. MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

direito de propriedade, entre outros. Tais interesses não raro entrarão em conflito com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em razão disso, da mesma forma que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o princípio da proibição de retrocesso não deve ser analisado unilateralmente – daí o motivo por que, à luz de uma perspectiva de integração entre os direitos fundamentais previstos da Constituição Federal, optou-se, neste trabalho, pelo emprego da expressão princípio da “*proibição de retrocesso socioambiental*”.<sup>7</sup>

A análise do princípio da proibição de retrocesso socioambiental consistirá no objeto central desta monografia. Seu estudo será atrelado aos ditames do desenvolvimento sustentável (e do princípio da precaução) e da proporcionalidade, categorias pertinentes num cenário de integração entre os direitos fundamentais e de crescente preocupação com a proteção do meio ambiente.

Por fim, no intuito de ilustrar a complexidade imanente à aplicação do princípio da proibição de retrocesso socioambiental, tecer-se-ão considerações referentes ao “novo” Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012, complementada pela Lei Federal nº 12.727/2012), que revogou o “antigo” Código Florestal (Lei Federal nº 4.771/1965).

O Código Florestal destina-se à proteção da vegetação nativa – e, em razão disso, afeta também aspectos referentes ao uso e ocupação do solo e ao desenvolvimento de atividades econômicas, em especial no setor da agropecuária e da exploração de madeira. Assim, como elucida Leonardo Papp, o novo Código florestal está inserido num panorama de grande complexidade fática e jurídica, que envolve a concretização e correlata restrição de direitos fundamentais que muitas vezes colidem entre si.<sup>8</sup>

Por isso, a interpretação e aplicação da legislação ambiental deve ter em vista a promoção do desenvolvimento sustentável, o que pressupõe não só a importantíssima tarefa de tutelar os recursos naturais indispensáveis ao equilíbrio

---

<sup>7</sup> A expressão é adotada por Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 196.

<sup>8</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 3.

ecológico, mas também assegurar as condições necessárias ao desenvolvimento de atividades produtivas economicamente viáveis e socialmente justas.<sup>9</sup>

Tal conciliação é obrigatória também no que toca à aplicação do princípio da proibição de retrocesso socioambiental, pois pode ocorrer, hipoteticamente, que uma alteração da legislação infraconstitucional, em contrapartida à restrição da norma que tutela o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fomenta, de modo proporcional, a realização de direito fundamental diverso (e vice-versa).

Dessa forma, uma vez traçadas a relevância e a complexidade do tema (e, de modo geral, a linha de abordagem a ser adotada), é lícito dar prosseguimento à presente exposição. Sem a vã pretensão de esgotar a problemática, esta monografia, num primeiro momento, resgatará os contornos essenciais do princípio da proibição de retrocesso socioambiental, bem como de importantes aspectos atinentes à sua aplicação.

Na sequência, problematizar-se-ão os aspectos teóricos obtidos mediante o cotejo com polêmicas alterações legislativas veiculadas pela Lei Federal nº 12.651/12. Em tal empreitada, não se enfrentarão todas as alterações constantes no novo diploma legislativo; pelo contrário, o estudo de caso abrangerá, em especial, o art. 15 do novo Código Florestal (que autoriza, como regra geral, o cômputo das Áreas de Preservação Permanentes no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel) e seu art. 3º, parágrafo único (que, em razão de equiparação legal às pequenas posses e propriedades rurais familiares, confere tratamento privilegiado, em termos de deveres ambientais, às propriedades e posses rurais com área de até quatro módulos fiscais).

Acrescenta-se que o estudo, além de abordar os aspectos gerais do art. 3º, parágrafo único da Lei Federal nº 12.651/12, transitará brevemente por duas de suas derivações legais: o art. 4º, §5º (atinentes à agricultura de vazante) e o art. 67 da Lei Federal nº 12.651/2012 (que regulamenta o regime da Reserva Legal em imóveis rurais com área de até quatro módulos fiscais com área rural consolidada<sup>10</sup>).

---

<sup>9</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 3.

<sup>10</sup> No art. 3º, IV do Código Florestal ora vigente, a área rural consolidada é definida como a “*área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio*”.

## CAPÍTULO 1 – O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

### 1.1. A Constituição Federal e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais

A temática da proibição de retrocesso social guarda íntima relação com o caráter pretensamente transformador e emancipatório da Constituição Federal de 1988, a qual representa, ainda, um compromisso dinâmico e pluralista.<sup>11</sup> Como analisa Eneida Desiree Salgado, a Constituição Federal apresenta um texto longo, aparentemente contraditório e recheado de normas casualísticas que evidenciam o caráter de compromisso entre forças políticas; mas é um texto que representa a luta pela construção de um Estado Democrático, sustentado por valores sociais e pelo ideal democrático.<sup>12</sup>

É notório também que a Magna Carta de 1988 ampliou consideravelmente o catálogo de direitos fundamentais de cunho econômico e social, outorgando ao legislador o múnus de definir, no plano infraconstitucional, o conteúdo das normas definidoras desses direitos.<sup>13</sup> Da mesma forma, o poder constituinte de 1988 traçou uma série de normas de natureza programática, indicadoras de fins sociais a serem alcançados pelo Estado.<sup>14</sup>

Entretanto, conforme o “cotidiano tupiniquim” não se cansa de demonstrar, ainda é urgente a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais albergados

---

<sup>11</sup> Conforme esclarece Felipe Derbli, o texto constitucional de 1988 aponta para a conciliação entre elementos que, em análise preliminar, soariam inconciliáveis, tais como o respeito aos valores sociais do trabalho e a garantia da livre iniciativa, previstos no art. 1º, IV. Cf. DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 75.

<sup>12</sup> SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 211.

<sup>13</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 152-153.

<sup>14</sup> Acerca das normas programáticas, tema que será retomado logo adiante (ver subcapítulo 1.3 – “O princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro”), apontam-se desde logo: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; CANOTILHO, Joaquim J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

pela Constituição Federal, a fim de que se reduzam os alarmantes índices de desigualdade social e de que se propiciem à população condições de vida mais dignas. Ilustrando essa triste realidade brasileira, Luís Roberto Barroso afirma que: *“No país da malária, da seca, da miséria absoluta, dos menores de rua, do drama fundiário, dos sem-terra, há, por certo, espaço para mais uma preocupação moderna: a degradação ambiental.”*<sup>15</sup>

Nesse contexto, merece destaque a discussão central referente à proibição de retrocesso, que consiste, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, em saber se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional (bem como os outros órgãos estatais) voltar atrás quanto à implementação de direitos fundamentais sociais, de objetivos fixados pelo Constituinte (art. 3ª da CF) ou mesmo de normas de cunho programático, mesmo que não o faça de modo retroativo e que não se trate de alteração no próprio texto constitucional.<sup>16</sup>

Assim, dada a relação existente entre o tema da proibição de retrocesso social e o atual paradigma constitucional, é oportuno tecer, ainda que de modo sucinto, considerações acerca do caráter dirigente e programático da Constituição Federal de 1988 – ou, ao menos, do que remanesceu dele -, bem como da natureza e da proteção dos direitos fundamentais por ela tutelados.

Sobre o caráter intervencionista que, de modo geral, marca as Constituições do período pós-guerra – entre as quais desde logo se inclui, sem embargo, a Magna Carta de 1988 -, eis o escólio de Luís Roberto Barroso:

Na esteira do Estado intervencionista, surtido no primeiro pós-guerra, incorporaram-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhes as condições de vida, em sentido mais amplo.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 2. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 59 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional**, p. 93.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 436.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 114.



Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a Constituição dirigente caracteriza-se pela presença de uma programática democraticamente fixada e compromissoriamente aceite.<sup>18</sup> É lícito acrescentar ainda que tal programa, diferentemente do que se verifica em Constituições típicas do Estado liberal, não apenas fixa a distribuição de competências entre os órgãos estatais e a proteção dos direitos de liberdade, mas também materializa fins e tarefas constitucionais de que é incumbido o Estado Constitucional Democrático (enquanto Estado de justiça social).<sup>19</sup> O caráter programático da Constituição, por sua vez, evidencia-se através das inúmeras disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados pelo Estado, ditando princípios ou traçando programas de ação para o Poder Público.<sup>20</sup>

Contemporaneamente, num cenário altamente globalizado, poder-se-ia, a princípio, cogitar a derrocada do dirigismo constitucional. É que a repercussão do fenômeno da globalização no direito dos países implica uma ordem socioeconômica cada vez mais multifacetada e policêntrica, como esclarece José Eduardo Faria:

E quanto mais veloz e mais acentuada é essa globalização, dando origem a situações em que a idéia de um sistema econômico nacional auto-sustentado passa a ser vista como anacronismo, mais ela exerce um profundo impacto transformador nos sistemas políticos e normativos forjados em torno de determinados postulados (como o do monopólio do exercício *legítimo* da violência pelo Estado) e determinados princípios (como os da *legalidade*, da *hierarquia das leis* e da *segurança do direito*), levando seu poder de controle, decisão, direção e comando a ser crescentemente pressionado, condicionado e atravessado por uma plethora de entidades multilaterais, organizações transnacionais, grupos nacionais de pressão, instituições financeiras internacionais, corporações empresariais multinacionais etc.<sup>21</sup>

Porém, conforme acentua o próprio Canotilho, embora a Constituição dirigente, tal como concebida originalmente, tenha acabado, ainda remanescem, hodiernamente, importantes dimensões do dirigismo e da programaticidade

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 23-24.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 114.

<sup>21</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 14-15.



constitucional, haja vista o programa constitucional a cujos fins o legislador permanece adstrito, o que relativiza a sua liberdade de conformação.<sup>22</sup>

E a Constituição Federal de 1988, em especial, é notória por seu caráter dirigente e programático.<sup>23</sup> Não por acaso, a Magna Carta, para além da organização do poder político, arrolou também, de modo bastante vasto, os direitos fundamentais dos cidadãos.

Ao tratar dos direitos fundamentais, a doutrina refere-se, num primeiro momento, aos direitos individuais de liberdade ou direitos de defesa (ou, como escreve Paulo Bonavides, direitos fundamentais de primeira geração<sup>24</sup>), os quais, talhados no individualismo liberal, visam, segundo Luís Roberto Barroso, à proteção de valores referentes à vida, liberdade, segurança e propriedade, limitando o poder político e protegendo o sujeito perante o Estado.<sup>25</sup>

No decorrer do século XIX, com as distorções econômicas e sociais decorrentes do processo de industrialização, e diante da insuficiência da liberdade e igualdade meramente formais<sup>26</sup>, emerge, após intensas reivindicações, o reconhecimento dos chamados direitos fundamentais de segunda dimensão ou direitos sociais.<sup>27</sup> Segundo Flávia Piovesan, nos direitos sociais se parte da verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidade, bem como da vontade de vencê-las, estabelecendo-se a igualdade efetiva e solidária entre os membros da mesma comunidade política.<sup>28</sup> Como acentua Ingo Sarlet, os direitos sociais caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem aos indivíduos direitos a

<sup>22</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. [Anais de teleconferência]. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14-15.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 64.

<sup>24</sup> *“Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.”* Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 581.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 96-97.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 48.

<sup>28</sup> PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 32.

prestações sociais estatais (como assistência social, saúde, educação, trabalho etc.), sem prejuízo das denominadas “liberdades sociais” (liberdade de sindicalização, do direito de greve, direito a férias e a repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho etc.<sup>29</sup>

Posteriormente, no fim do século XX, são tutelados os direitos fundamentais de terceira geração (dimensão<sup>30</sup>), cuja titularidade não mais pode ser imputada a um determinado homem-indivíduo – trata-se, segundo Ingo Sarlet, de direitos cuja titularidade é coletiva, não raro indefinida e indeterminável, o que se revelaria, por exemplo, no direito ao meio ambiente e qualidade de vida.<sup>31</sup>

Ingo Sarlet atribui à Constituição Federal, inclusive quanto aos direitos fundamentais, além de um caráter programático e dirigente, um caráter analítico (visto que há numerosos 250 artigos e 97 disposições transitórias, o que demonstra a intenção de salvaguardar um vasto rol de reivindicações e conquistas em face de eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos) e plural (à medida que concilia interesses nem sempre harmônicos entre si).<sup>32</sup>

Ainda, conforme as considerações de Daniel Wunder Hachem, é forçoso reconhecer que a Constituição Federal de 1988 adota um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, de modo que esses não se restringem ao rol previsto no seu Título II. É que, de acordo com o autor, a Constituição, através de seu art. 5, §2º<sup>33</sup>, consagra a existência de direitos fundamentais localizados em outras partes do texto constitucional (e inclusive fora dele, como nos casos de

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47-48.

<sup>30</sup> Alguns autores criticam o emprego da terminologia “geração”, à medida que poderia suscitar a errônea impressão de que ocorre a substituição gradativa de uma geração por outra, como se os direitos fundamentais não se encontrassem em constante processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Por isso, há quem opte pelo emprego da expressão “dimensões” dos direitos fundamentais, embora se reconheça que a discordância, quanto a esse aspecto, resume-se à esfera terminológica, havendo em princípio consenso quanto ao conteúdo das respectivas “dimensões” e “gerações” de direitos fundamentais. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 45-46.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 49.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 64-65.

<sup>33</sup> O art. 5, §2º da Constituição Federal prevê que: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

tratados internacionais) e de direitos fundamentais não escritos, que podem ser deduzidos dos seus princípios fundamentais, do regime por ela adotado ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte.<sup>34</sup>

O art. 5º, §1º da CF, por sua vez, prevê expressamente a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Daí não se pode extrair, todavia, que os direitos fundamentais poderão ser aplicados e tutelados de forma idêntica. Afinal, existem direitos dotados de alto grau de determinação que, em razão disso, poderão gerar seus efeitos essenciais diretamente, prescindindo da intervenção do legislador ordinário ou da Administração Pública (como, por exemplo, o direito à liberdade de expressão previsto no art. 5º, IV).<sup>35</sup> Por sua vez, há também normas definidoras de direitos fundamentais que, para gerar todos os efeitos que lhes são próprios, dependem da edição de ato normativo infraconstitucional (o que não lhes subtrai, contudo, a nota de jusfundamentalidade).<sup>36</sup> No mesmo sentido, Daniel Hachem pontua que no texto constitucional estão presentes direitos fundamentais definidos por normas com baixa densidade normativa, que necessitam de concretizações no plano infraconstitucional para poderem engendrar seus principais efeitos, embora sempre apresentem certa dose de eficácia jurídica.<sup>37</sup>

Sobre a eficácia das normas constitucionais, é sempre pertinente retomar o escólio de Clèmerson Merlin Clève:

As normas constitucionais sempre produzem uma 'eficácia jurídica de vinculação' (decorrente da vinculação dos poderes públicos à Constituição), e, por isso, contam com aptidão para deflagrar, pelo menos, os seguintes resultados: (i) revogam (invalidação decorrente de inconstitucionalidade superveniente) os atos normativos em sentido contrário; (ii) vinculam o legislador, que não pode dispor de modo oposto ao seu conteúdo (servem como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade do ato contrastante); (iii) 'conferem direitos subjetivos negativos ou de vínculo (poder de se exigir uma abstenção ou respeito a limites)'. Esta é a dimensão negativa da eficácia mínima produzida pelas normas constitucionais, mesmo as inexecutáveis por si mesmas. Mas elas operam, igualmente, uma eficácia positiva. Em virtude da 'eficácia de vinculação, as normas: (i) informam o sentido da Constituição, definindo a direção do atuar do operador jurídico no momento da interpretação e da integração da Constituição (identificando-se o Estatuto Constitucional com um sistema, a

<sup>34</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 47.

<sup>35</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 48.

<sup>36</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 118.

<sup>37</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 48-49.

rede de significação definidora do seu sentido – conteúdo – é formada por todas as normas constitucionais, inclusive, as de eficácia limitada); e (ii) condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições; se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador, de seu dever de legislar.<sup>38</sup> (grifo inexistente no original)

Não se adentrará, de modo detalhado, na complexa questão referente à classificação das normas constitucionais. Ainda assim, é lícito aduzir, desde logo, que determinadas normas definidoras de direitos fundamentais, para que tenham seus interesses realizados, dependem ou de prestações positivas do poder Executivo ou – e é justamente nesta seara que se desenvolve o foco do presente estudo – de providências normativas do Legislativo, mediante a edição de norma infraconstitucional integradora.<sup>39</sup>

No entanto, a exigência de atuação do Executivo ou do Legislativo não retira, de modo algum, a força normativa das normas constitucionais, pois a Constituição não apresenta pretensão de completude. Como propõem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, através do princípio da força normativa da Constituição deve ser dada prevalência aos pontos de vista aptos a tornar a norma constitucional “[...] *mais afeita aos condicionamentos históricos do momento, garantindo-lhe interesse atual, e, com isso, obtendo-se ‘máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso.*”<sup>40</sup> Afinal, como ilustra Konrad Hesse, a Constituição é determinada pela realidade e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela.<sup>41</sup>

Inclusive, é a abertura da Constituição que viabiliza o fenômeno da mutação constitucional. Sobre tal fenômeno, Paulo Gustavo Gonet Branco, em obra escrita em parceria com Gilmar Mendes, propõe que:

*[...] por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-*

<sup>38</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 320-321.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 107-108.

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107.

<sup>41</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

*se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.*<sup>42</sup>

Nesse diapasão, como corolário da abertura constitucional, a Magna Carta prevê também uma série de normas programáticas<sup>43</sup>. Tais normas, segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari, determinam uma finalidade a ser obrigatoriamente cumprida pelo Poder Público, sem apontar, no entanto, os meios a serem empregados para atingi-las, em que pese a força imperativa do comando normativo.<sup>44</sup> Cumpre apontar, no momento, que vários estudiosos já se debruçaram sobre o estudo das normas programáticas, de modo que as divergências quanto ao tema não são escassas.<sup>45</sup> De todo modo, já se adianta a complexidade inerente às normas constitucionais programáticas, tema que, embora não consista no cerne da presente exposição, ainda será brevemente retomado quando da análise dos aspectos básicos do princípio da proibição de retrocesso no direito brasileiro.<sup>46</sup>

Tal discussão, juntamente com outros questionamentos, norteará a análise dos capítulos seguintes, em que, após breve incursão no direito comparado, buscar-se-á delinear o conteúdo material do princípio da proibição de retrocesso no direito

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152.

<sup>43</sup> Apenas a título de nota, é pertinente transcrever os ensinamentos de José Afonso da Silva, segundo o qual: *“Em conclusão, as normas programáticas tem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes: I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem [...]”* Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 164.

<sup>44</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 184.

<sup>45</sup> José Afonso da Silva, por exemplo, situa as normas constitucionais de princípio programático entre as normas de eficácia limitada, definindo-as como as normas constitucionais através das quais o constituinte, ao invés de regular de modo direto e imediato dados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), enquanto programas das respectivas atividades, com o fim de realizar os fins sociais do Estado (Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.138-139). Pontes de Miranda, referindo-se, de modo mais específico, à atividade do legislador, propõe que: *“Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de edictar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a êsses ditames, que são como programas dados à função legislativa.”* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. rev., tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 126-127).

<sup>46</sup> Ver subcapítulo 1.3 deste trabalho (“O princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro”).

constitucional brasileiro, à luz das críticas e limites inerentes ao tema, além de analisá-lo sob o prisma do direito ambiental.

## 1.2. A proibição de retrocesso no direito comparado

Os direitos fundamentais do homem, como expõe José Afonso da Silva, são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas, no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana, já tendo alçado o caráter concreto de normas positivas constitucionais.<sup>47</sup> Ao mesmo tempo em que reconhece um vasto rol de direitos fundamentais, a Constituição Federal, em seu art. 60, §4º, prevê expressamente as chamadas “cláusulas pétreas”, limites materiais à ação do poder constituinte reformador, a fim de resguardar conteúdos reputados essenciais (entre os quais se incluem diversos direitos e garantias, não adstritos ao rol do art. 5º).<sup>48</sup>

Além disso, o art. 5º, XXXVI da Magna Carta prevê a proteção do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada<sup>49</sup>, figuras voltadas, essencialmente, a salvaguardar as relações jurídicas em face de medidas retroativas, conquanto haja divergências quanto à extensão de sua proteção.<sup>50</sup>

No entanto, ao introduzir o tema da proibição de retrocesso social, Ingo Wolfgang Sarlet salienta que há medidas que, embora dotadas de caráter retrocessivo, não são retroativas, uma vez que não atingem posições jurídicas consolidadas ao patrimônio do titular ou, de modo geral, não abrangem situações

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 179.

<sup>48</sup> Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010, p. 672-674.

<sup>49</sup> A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, nos parágrafos do art. 6º, define o ato jurídico perfeito como “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” e a coisa julgada enquanto “a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Finalmente, conceitua o direito adquirido como aquele “cujo titular, ou alguém por ele, possa exercer”, bem como aquele “cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condições preestabelecidas, inalteráveis a arbítrio de outrem”.

<sup>50</sup> Há várias controvérsias quanto à extensão de tal proteção. Para uma análise mais detida do tema, ver, a título introdutório: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 306; MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86-88; MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148-150.



anteriores. É que, segundo o doutrinador gaúcho, embora soe paradoxal, “[...] *retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos.*”<sup>51</sup>

Nesse panorama, como importante mecanismo de proteção, em face do legislador futuro, do grau de concretização auferido pelos direitos fundamentais através da legislação infraconstitucional, tem-se evocado, no Direito Constitucional, o princípio da proibição de retrocesso social.<sup>52</sup> Tal princípio suscita o seguinte questionamento, já anunciado anteriormente: pode – e, eventualmente, em que medida – o legislador infraconstitucional<sup>53</sup> revogar ou reduzir o nível de concretização legislativa obtida, no plano infraconstitucional, por uma norma definidora de direito fundamental (ou outra norma constitucional) que, para gerar situações desfrutáveis, dependa da edição de norma infraconstitucional integradora?

Por derradeiro, insta salientar, na esteira de Luís Roberto Barroso, que a Constituição não raro transfere ao legislador ordinário a competência para regular o exercício de determinados direitos tutelados, a fim de que seja instrumentalizada sua realização. O autor elucida que os direitos sociais, caso não sejam prontamente desfrutáveis, dependem em geral de prestações positivas do Executivo ou de providências normativas do Legislativo. Além disso, também mencionando na análise os direitos difusos, Barroso destaca a produção de expressivas leis materiais em temas como a proteção do meio ambiente e a proteção ao consumidor, ainda que, especialmente no primeiro campo, o sucesso venha ocorrendo apenas pontualmente.<sup>54</sup>

Embora ainda incipiente no direito brasileiro, não por acaso a temática da proibição de retrocesso social já atingiu, em outros países, quer na doutrina, quer na jurisprudência, patamares elevados de desenvolvimento, como aponta Felipe

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 436.

<sup>52</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 152.

<sup>53</sup> Há quem sustente, como Ingo Wolfgang Sarlet, que também os demais órgãos estatais estão sujeitos ao princípio da proibição de retrocesso social, quando for o caso (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 436). Porém, o presente trabalho tem como objeto central a relação entre a atividade do legislador e o princípio da proibição de retrocesso.

<sup>54</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 108.

Derbli.<sup>55</sup> Desse modo, faz-se oportuna breve análise de direito constitucional comparado<sup>56</sup> tendo por escopo a proibição de retrocesso social.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal tem remetido a proibição de retrocesso social à garantia da proteção ao direito fundamental à propriedade. Ingo Sarlet explana que a garantia da propriedade, numa ótica funcionalista, para além da proteção em termos de direitos reais, adquiriu também função conservadora de direitos, oferecendo ao sujeito segurança jurídica quanto aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica e cancelando a confiança no conteúdo dos direitos.<sup>57</sup> Assim, a supressão de posições jurídico-subjetivas de direito público de caráter patrimonial, sem compensação, seria inconstitucional.<sup>58</sup>

Porém, segundo Ingo Sarlet, nem todos os direitos patrimoniais de natureza pública tem sido protegidos pela garantia da propriedade, já que os precedentes do Tribunal Constitucional Alemão demonstram a necessidade do atendimento de alguns requisitos, quais sejam: (i) correspondência entre o direito subjetivo a prestação social e a contraprestação de seu titular; (ii) existência de posição jurídica de natureza patrimonial, que possa ser considerada como de fruição privada para seu titular; e (iii) que a prestação sirva à garantia da existência de seu titular, pois a propriedade também tutela as condições necessárias a uma vida autônoma e responsável.<sup>59</sup> Assim, conquanto seja protegida pela vedação do retrocesso a maioria das prestações integrantes do sistema público de seguridade social (bem como algumas expectativas de direitos), excluem-se as prestações de caráter reabilitatório e secundário, em que não há contraprestação, e as prestações discricionárias que não apresentam posição jurídica similar à propriedade.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 135.

<sup>56</sup> Como leciona Zulmar Fachin, o direito constitucional comparado destina-se ao estudo comparativo entre Constituições ou entre temas disciplinados por Constituições de diversos Estados. Cf. FACHIN, Zulmar, **Teoria geral do direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006, p. 5.

<sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 441.

<sup>58</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 142.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 442.

<sup>60</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 442.



No direito italiano, por sua vez, respeitadas vozes também cuidaram do tema. Segundo Balladore Pallieri, normas como a insculpida no art. 32 da Constituição italiana<sup>61</sup>, referente à tutela da saúde, embora, em última análise, dependam da boa vontade do legislador, apresentam um efeito notabilíssimo, prescrevendo uma via a ser seguida pela legislação ordinária. Com efeito, para o autor italiano, embora tais normas não consigam constranger juridicamente o legislador a seguir tal via, elas compelem-no, ao menos, a não seguir via diversa. Assim, segundo ele, além de ser inconstitucional a lei que dispuser contrariamente ao comando constitucional, uma vez dada execução à norma constitucional em comento, o legislador ordinário não poderá retornar sobre os seus passos.<sup>62</sup>

É relevante, ainda, a contribuição de Gustavo Zagrebelsky, o qual, em análise sobre a Corte Constitucional da Itália, sustenta que as normas constitucionais que determinam o progressivo desenvolvimento dos direitos dos particulares servem ao menos para impedir que a lei dê “marcha à ré” em relação ao nível alcançado por esses direitos em momento anterior.<sup>63</sup>

Já em solo português, o tratamento dado ao princípio da proibição de retrocesso social assume feições ainda mais amplas. Adriana Schier reputa paradigmático o acórdão nº 39/84, no qual o Tribunal Constitucional, seguindo o voto do Ministro Vital Moreira, aplicou o princípio da proibição de retrocesso social para declarar inconstitucional o art. 17 do Decreto 254/82, que pretendia estabelecer a substituição do Sistema Nacional de Saúde por administrações regionais.<sup>64</sup> Na ocasião, assim fundamentou seu voto o ministro português Vital Moreira:

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode

<sup>61</sup> “Art. 32. La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.” Cf. ITÁLIA. La Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <[http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1\\_titolo2.html](http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1_titolo2.html)>. Acesso em: 18/07/2012.

<sup>62</sup> PALLIERI, Giorgio Balladore. **Diritto Costituzionale**, 2. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950, p. 280.

<sup>63</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. El tribunal constitucional italiano. In: FAVOREU, Louis et al. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 450 *apud* DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 165.

<sup>64</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 157.

descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. [...] Se isto é assim em geral para as normas que impõem concretas e definidas tarefas constitucionais, por maioria de razão há-de valer quando se trate de direitos fundamentais. É que aí a tarefa constitucional a que o Estado se acha obrigado é uma garantia do direito fundamental, constitui ela mesma objecto de um direito dos cidadãos. Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de protecção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental. A abolição do Serviço Nacional de Saúde não significa apenas repor uma situação de incumprimento, por parte do Estado, de uma concreta tarefa constitucional; uma vez que isso se traduz na revogação da execução dada a um direito fundamental, esse acto do Estado implica uma ofensa ao próprio direito fundamental.<sup>65</sup>

Atendo-se aos autores clássicos, retoma-se, primeiramente, o pensamento de Canotilho, que, tratando do núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado (em especial quando tal núcleo conduza à garantia no mínimo de existência condigna), limita a liberdade de conformação do legislador através do princípio da proibição de retrocesso social.<sup>66</sup> O constitucionalista propugna que:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.<sup>67</sup>

Embora haja entendimentos diversos<sup>68</sup>, outros importantes constitucionalistas portugueses também reconhecem o princípio da proibição de retrocesso social.

<sup>65</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 39/84. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Lisboa, 11 de abril de 1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em: 02/11/2012.

<sup>66</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339-340.

<sup>67</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339-340.

<sup>68</sup> Jorge Reis Novais, por exemplo, sustenta a insustentabilidade teórica de um pretenso princípio constitucional da proibição de retrocesso, à medida que seu reconhecimento acarretaria a desvalorização da relevância jurídica dos direitos sociais. Na lógica do autor, inexistente um regime constitucional privilegiado para os direitos, liberdades e garantias e outro menos privilegiado para os direitos sociais. Assim, já existem os tradicionais limites dos limites, referentes à observância da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proibição do excesso, da proteção da confiança, da garantia do núcleo essencial etc. Tais limites, segundo Novais, obrigam o Poder Público a, sempre que pretenda restrições aos direitos sociais (assim como os demais direitos fundamentais), fundamentá-las com base na necessidade de proteger outros bens jurídicos que devam prevalecer. Assim, o fato de os direitos sociais estarem condicionados à reserva do financeiramente possível atenuaria a densidade do controle. Fora a eventual análise quanto à invocação, pelo legislador, da

Além de José Carlos Vieira de Andrade<sup>69</sup>, também já tratou do tema Jorge Miranda. Abordando aspectos comuns às normas programáticas e às normas preceptivas não exequíveis por si mesmas, o autor português reconhece, implicitamente, a existência do princípio da proibição de retrocesso social, aduzindo que, embora o legislador possa modificar qualquer regime legal (devido à democracia pluralista), não poderá subtrair da norma constitucional a exequibilidade (ou o conteúdo essencial de exequibilidade) que ela adquiriu.<sup>70</sup>

Mediante a análise comparada, notam-se diversas peculiaridades na abordagem recebida pelo tema em cada uma das nações apresentadas, mas quer parecer, na esteira de Ingo Sarlet, que a garantia de propriedade é insuficiente para a proteção adequada da proibição de retrocesso social (uma vez que desconsidera posições jurídicas relevantes na esfera da proteção social e admite várias intervenções, dado seu caráter relativo).<sup>71</sup> Com efeito, tem-se atribuído no direito brasileiro, como fundamentos constitucionais da proibição de retrocesso social, o

---

reserva do possível, os direitos fundamentais teriam resistência à intervenção do legislador idêntica à dos direitos de liberdade. Logo, segundo Novais, assim como não há proibição de retrocesso quanto aos direitos sociais, não existe tal proibição em se tratando de direitos de liberdade. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 196-198.

<sup>69</sup> José Carlos Vieira de Andrade, por exemplo, admite a possibilidade de incidência do princípio da proibição de retrocesso social, mas exige, para tanto, a existência de um “consenso básico” e uma “radicação na consciência jurídica geral” de que o grau de realização legislativamente atingido corresponde a uma complementação ou desenvolvimento do direito constitucional. Segundo o autor português, que inclusive menciona Canotilho, com a superação da teoria gradualista das fontes, operar-se-ia um processo de osmose constituição-lei, em que esta atuaria como mediação constitucionalmente caracterizante do programa normativo-material da Constituição. É que, embora reconheça a necessidade de garantia de estabilidade no que toca à concretização de direitos econômicos, sociais e culturais, o autor propugna que a proibição de retrocesso social não pode constituir um princípio jurídico geral, sob pena de ofensa, em determinadas situações, à liberdade constitutiva e auto-revisibilidade do legislador, entre outros, caso ele estivesse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados. Logo, como propõe Vieira de Andrade, a consideração do conteúdo de uma norma como materialmente constitucional é exceção, e não regra, já que a radicação na consciência jurídica geral da convicção de sua obrigatoriedade constitucional não consiste na mera aceitação mais ou menos aparente, devendo haver, pelo contrário, um consenso profundo e alargado que demora a formar-se e que não se estende a detalhes de regulamentação. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 406-412.

<sup>70</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Constituição. 5. ed. rev. e atual., tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 279-280. Noutro momento, ao tratar do não retorno da concretização, o autor aduz que quando as normas legais concretizam normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, não somente fica cumprido o dever de legislar como o legislador fica adstrito a não as suprimir, abrindo ou reabrindo uma omissão. Segundo Jorge Miranda, isso decorreria da própria força normativa da Constituição. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 4. ed. rev. e atual., tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 442.

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 442-443.

princípio do Estado Democrático e Social de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e seus fundamentos e o dever de progressividade em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, entre outros.<sup>72</sup>

Ademais, a realidade social brasileira difere consideravelmente daquela vivenciada nos países membros da União Européia.<sup>73</sup> É válida, assim, a contribuição de Andreas Krell, o qual, objetivando um direito constitucional comparado produtivo e constitucionalmente coerente, propugna que não é possível isolar instrumentos, institutos ou mesmo doutrinas jurídicas de seu manancial político, econômico, social e cultural de origem.<sup>74</sup> Seja como for, a exposição de direito comparado, ainda que sucinta, demonstra a grande relevância que tem sido internacionalmente atribuída à temática da proibição de retrocesso social, inclusive em países em que os níveis de proteção social são consideravelmente superiores aos brasileiros.<sup>75</sup>

Dessa feita, uma vez realizada a análise de direito comparado, e observando a importante ressalva metodológica trazida por Andreas Krell, passar-se-á ao estudo dos contornos assumidos pelo tema da proibição de retrocesso social no cenário jurídico brasileiro.

<sup>72</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 197.

<sup>73</sup> Em dezembro de 2011, atribuiu-se ao Brasil o posto de sexta maior economia do mundo, o que é ofuscado à medida que o país figura na 73ª posição (entre 134 países) no *ranking* pautado pelo Índice de Desenvolvimento Humano Ajustado à Desigualdade, segundo relatório de 2011 elaborado pela Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Cf. MANGUEIRA, Clarissa. Brasil bate Reino Unido e se torna 6ª maior economia do mundo, diz jornal. **Estadão**, São Paulo, 26 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,brasil-bate-reinounido-e-se-torna-6-maior-economia-do-mundo-diz-jornal,97257,0.htm>>. Acesso em: 27/08/2012; FELLET, João. Brasil avança no ranking do IDH, mas alta desigualdade persiste. **BBC Brasil**, Brasília, 02 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/11/111102\\_brasil\\_idh\\_jf.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/11/111102_brasil_idh_jf.shtml)>. Acesso em: 27/08/2012.

<sup>74</sup> KRELL, Andreas. A efetividade dos direitos sociais no Brasil. In: PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes (Coord.). **Direito constitucional em evolução: perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 234.

<sup>75</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 443.

### 1.3. O princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro

No direito brasileiro, de modo geral se atribui à proibição de retrocesso social a natureza de princípio constitucional implícito.<sup>76</sup> Luís Roberto Barroso propõe que do princípio da proibição de retrocesso social (o qual não é expreso, mas decorrente do sistema jurídico-constitucional) resulta que a lei que, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir dado direito acaba por incorporá-lo ao patrimônio jurídico da cidadania, de modo que não poderá ser arbitrariamente suprimido, sob pena de retorno ao estado de omissão legislativa anterior.<sup>77</sup>

Distinto é o entendimento de Ana Paula de Barcellos, para quem a vedação de retrocesso consiste numa modalidade direta de eficácia jurídica, atinente ao plano da validade.<sup>78</sup> Inclusive, em outro texto, escrito pela autora em parceria com Luís Roberto Barroso, aduz-se que a vedação de retrocesso consiste em derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que tangem aos direitos fundamentais.<sup>79</sup>

Felipe Derbli, entretanto, também compartilha da opinião majoritária segundo a qual o princípio da proibição de retrocesso apresenta natureza implícita, já que inexistente na Constituição Federal dispositivo que enuncie seu conteúdo.<sup>80</sup> Segundo Felipe Derbli, a questão referente ao conteúdo material do princípio em questão diz

<sup>76</sup> Ingo Sarlet confere ao princípio da proibição de retrocesso social natureza implícita, inferindo-o de diversos princípios e argumentos de ordem jurídico-constitucional (incluindo os princípios do Estado democrático e social de Direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da proteção da confiança etc.). Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 445-450.

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 152-153.

<sup>78</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 83-91.

<sup>79</sup> Segundo sustentam os autores, a vedação do retrocesso pressupõe que os princípios que envolvem os direitos fundamentais sejam concretizados através de normas infraconstitucionais e que, com amparo no direito constitucional vigente, um dos efeitos pretendidos por tais princípios seja a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Nessa linha, a vedação do retrocesso permitiria invalidar a revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a referida revogação seja acompanhada de política substitutiva ou equivalente. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 370.

<sup>80</sup> DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 470.

respeito à possibilidade de reconhecimento de tal grau de vinculação do legislador aos ditames da Constituição referentes a direitos sociais de forma que, uma vez atingido determinado nível de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social, por meio de lei, será defeso ao legislador suprimir ou reduzir tal concretização sem, ao menos, criar um mecanismo equivalente ou substitutivo.<sup>81</sup> É que, segundo o autor, há direitos fundamentais sociais positivados na Magna Carta através de regras que demandam concretização legislativa, ou seja, a densificação de seus comandos através da lei.<sup>82</sup> Assim, Felipe Derbli assevera que:

[...] o princípio em questão [da proibição de retrocesso social] veda ao legislador subtrair da norma constitucional definidora de direitos sociais o grau de concretização já alcançado, prejudicando a sua exequibilidade. Vale dizer, haverá retrocesso social quando o legislador, comissiva e arbitrariamente, retornar a um estado correlato a uma primitiva omissão inconstitucional ou reduzir o grau de concretização de uma norma definidora de direito social [...].<sup>83</sup>

Tendo em vista sagaz questionamento formulado por João Caupers<sup>84</sup>, é forçoso ressaltar que, nos moldes do mencionado entendimento formulado por Derbli, o princípio da vedação de retrocesso social não diz respeito apenas às hipóteses de total supressão do grau de concretização alcançado por certo direito fundamental, mas também às hipóteses de redução.

Na mesma linha, José Vicente dos Santos Mendonça menciona a distinção que se faz entre a vedação de retrocesso em gênero e em espécie; assim, segundo o autor, enquanto a vedação de retrocesso genérica diz respeito à inviabilidade da mera revogação de legislação infraconstitucional necessária para completar o sentido e densificar o conteúdo de dada norma constitucional (tornando-a plenamente aplicável), a vedação de retrocesso específica tange à impossibilidade

<sup>81</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 223.

<sup>82</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 239.

<sup>83</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 240.

<sup>84</sup> João Caupers afirma que o princípio da proibição de retrocesso social – que, no já apresentado caso julgado no acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional português, teve aplicação confirmada - é de aplicação mais duvidosa quando estiver envolvida a diminuição do montante de certa prestação ou a redução do universo dos destinatários. Diante disso, pergunta: “Será que o princípio da proibição de retrocesso social não impediria que o legislador reduzisse o montante das prestações do seguro de desemprego ou excluísse da respectiva protecção grupos de cidadãos hoje abrangidos por ela?” (Cf. CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição**. Lisboa: Livraria Almedina, 1985, p. 43-44).



de simplesmente retroceder o grau de realização alcançado por direitos fundamentais por intermédio de legislação infraconstitucional, de modo a, com isso, minorar o nível de sua garantia. Mendonça admite, no entanto, a possibilidade de substituição ou regulação de maneira diversa.<sup>85</sup>

Nesse panorama, convém desde logo indagar: (i) se as normas constitucionais programáticas estão incluídas no âmbito de incidência do princípio da proibição de retrocesso social<sup>86</sup>; e (ii) se a proteção conferida pelo princípio em comento diz respeito à concretização infraconstitucional apenas de direitos fundamentais sociais.

As soluções teóricas apresentadas à primeira indagação (referente à aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social às normas constitucionais programáticas) não são objeto de consenso.

Segundo Felipe Derbli, propugnar a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social deriva da mistura entre normas definidoras de direitos sociais e normas programáticas. Para ele, as normas programáticas consistem em imposições abstratas, uma vez que o legislador possuiria margem de liberdade para realizar uma ponderação do tempo e dos meios para regulamentação em sede legal; as normas definidoras de direitos sociais, por sua vez, originariam uma imposição constitucional concreta (legiferante), consistente num dever permanente e inescusável do legislador de editar a lei concretizadora da disposição constitucional. Assim, as normas programáticas apenas traçariam finalidades que o legislador, permanentemente, deve observar, mas, por não viabilizarem a extração de interesse juridicamente protegido e individualizável, não conteriam imposições legiferantes - e, portanto, não reclamariam propriamente concretização legislativa. Dessa feita, Derbli

---

<sup>85</sup> MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2003, v. XII, p. 219 *apud* PELISSON, Elizabeth Albuquerque. **Reflexões sobre o princípio da retrogradação socioambiental no Estado Democrático de Direito Brasileiro**: contorno teórico e aplicabilidade sócio-jurídica. 54 f. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/16204/16204.PDF>>. Acesso em: 02/11/2012, p. 26-27.

<sup>86</sup> O presente trabalho tem como cerne a análise da aplicação do princípio da proibição de retrocesso (socioambiental) no tocante ao âmbito das leis infraconstitucionais regulamentadoras de direitos previstos em normas constitucionais que, para terem a plenitude de seus efeitos essenciais gerada, dependem da atuação do legislador infraconstitucional. Porém, é lícito discorrer sucintamente acerca da aplicação do princípio em comento também no âmbito das normas constitucionais programáticas, a fim de traçar-se a problemática básica referente ao princípio da proibição de retrocesso.

conclui que onde não há imposição legiferante, como nas normas programáticas, não é possível falar em proibição de retrocesso social.<sup>87</sup>

Entretanto, volumosa parte da doutrina defende que as normas programáticas vinculam, obrigatoriamente, o Poder Público. Luís Roberto Barroso, por exemplo, aduz que as normas constitucionais programáticas, direcionadas aos órgãos estatais, devem informar, desde seu surgimento, a atuação do Legislativo (ao editar leis) e da Administração e do Judiciário (na aplicação das leis, contenciosamente ou de ofício), sob pena de que, em caso de desvio, caracterize-se vício de inconstitucionalidade.<sup>88</sup> Em outro momento de sua obra, o autor remete a ideia da vedação de retrocesso inclusive às normas constitucionais programáticas.<sup>89</sup> Segundo Barroso, a lei que, ao regulamentar dado mandamento constitucional, institui determinado direito incorpora-se ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimida, haja vista a vedação do retrocesso.<sup>90</sup> Assim, o autor elucida que:

O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 228-240.

<sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 117.

<sup>89</sup> Cabe destacar, a título de observação, que as normas constitucionais programáticas não se confundem com as normas constitucionais definidoras de direitos que dependem, em considerável medida, da atuação do legislador infraconstitucional para que a plenitude de seus efeitos seja gerada. Nesse sentido, é pertinente mencionar o escólio de Luís Roberto Barroso, para quem: “[...] o fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática. Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao ‘seguro desemprego’ em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art. 226). No primeiro caso, existe um verdadeiro direito, tutelável [...]. No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na ‘desproteção’ da família.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 118.

<sup>90</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 152.

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 152-153.



Feitas tais considerações, é oportuno enfrentar a segunda indagação anunciada (se a proteção conferida pelo princípio em comento diz respeito à concretização infraconstitucional apenas de direitos fundamentais sociais).

Felipe Derbli restringe a incidência do princípio em questão apenas à concretização legislativa dos direitos fundamentais sociais. Para justificar tal posicionamento, o autor argumenta, em síntese, que: (i) há normas constitucionais que prescindem de densificação normativa mediante lei, como ocorreria, em regra, com os direitos fundamentais de primeira geração; (ii) a regulamentação infraconstitucional eventualmente exigida não pode ser arbitrariamente suprimida, mas a vedação de tal supressão se daria através de outros princípios (tais como o princípio democrático, no caso de revogação de norma regulamentadora de participação pelo referendo); (iii) há normas constitucionais que simplesmente não reclamam concretização, como as normas programáticas; e (iv) as normas constitucionais de organização – que podem exigir a edição de lei regulamentadora – não contêm imposições legiferantes típicas das Constituições dirigentes, mas sim ordens de legislar, cujo cumprimento compete ao legislador com maior liberdade de conformação.<sup>92</sup>

Porém, há quem entenda que o âmbito de incidência do princípio da proibição do retrocesso social não se restringe apenas ao campo dos direitos fundamentais sociais.

Nessa linha, Adriana Schier formulou crítica à posição adotada por Felipe Derbli. Para tanto, lançou mão de um caso, segundo ela, “pueril”, afirmando que uma lei regulamentadora das condições mínimas a serem observadas em um presídio (que tratasse, por exemplo, do número de presos em cada cela, do número de refeições diárias e do direito de visitas por familiares, entre outros), ainda que mais relacionada à tutela do direito à vida digna do preso (na esfera dos chamados direitos de liberdade, portanto) do que, propriamente, aos direitos sociais, seria sujeita à incidência do princípio da proibição de retrocesso social.<sup>93</sup>

Ingo Sarlet, por sua vez, esclarece que as variadas possibilidades decorrentes da noção de proibição de retrocesso, vista de modo abrangente, não se

---

<sup>92</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 264.

<sup>93</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 159-160.

restringem ao campo dos direitos fundamentais sociais, encontrando na seara do direito ambiental importante e peculiar manifestação.<sup>94</sup>

No mesmo sentido, Carlos Alberto Molinaro, tratando de aspecto que será devidamente aprofundado no decorrer desta monografia, refere-se ao princípio da proibição da retrogradação socioambiental<sup>95</sup> como uma proposição empírica que, mediante uma eleição valiosa de nossa existência e à luz de uma perspectiva intergeracional, “[...] *não permite ou impede que se retroceda a condições ambientais prévias àquelas que desfrutamos presentemente.*”<sup>96</sup>

Nesse panorama, observa-se que numerosas vozes na doutrina têm-se posicionado no sentido de que a aplicação do aludido princípio, para além dos direitos fundamentais sociais, abrange também direitos de liberdade e direitos difusos (inclusive na seara ambiental).

Cumpre atentar, ainda, para a vinculação que não raro se faz entre o princípio da proibição de retrocesso social, de um lado, e, de outro, a dignidade da pessoa humana<sup>97</sup> e o mínimo existencial. Para Adriana Schier, embora haja polêmica quanto à natureza jurídica do mínimo existencial<sup>98</sup>, a doutrina constitucionalista admite,

<sup>94</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 437.

<sup>95</sup> O autor opta pela nomenclatura princípio da proibição da retrogradação socioambiental sob o argumento de que, quando do cotejo com a expressão proibição do retrocesso ambiental, retrogradar expressaria melhor a ideia de retroceder, de ir para trás, no tempo e no espaço (Cf. MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67).

<sup>96</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>97</sup> Nesse sentido, para traçar os contornos básicos da importância assumida pela dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio, é pertinente mencionar o entendimento advogado por Maria Celina Bodin de Moraes. Segundo a autora, a dignidade da pessoa humana, inserida no ápice da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III), consiste no ponto de confluência da cláusula geral de tutela da pessoa humana. No cerne da dignidade da pessoa humana, de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, encontram-se a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade. Em razão disso, Maria Celina Bodin de Moraes propõe que se deve “[...] *inibir ou reparar, em todos os seus desdobramentos, a conformação de tratamentos desiguais – sem descurar da injustiça consubstanciada no tratamento idêntico aos que são desiguais –; o atentado à saúde, entendida esta em sua mais ampla acepção; o constrangimento e o estreitamento da liberdade individual, com foco voltado para as situações existenciais, e o desprezo pela solidariedade social – mandamento constitucional que não admite nem a marginalização, nem tampouco a indiferença.*” Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 127-128.

<sup>98</sup> Escapam às pretensões da presente monografia o estudo aprofundado do polêmico conceito de mínimo existencial. De toda forma, a fim de trazer algumas luzes sobre o assunto, é pertinente o escólio de Ana Paula de Barcellos, para quem o mínimo existencial seria composto por quatro elementos – três materiais e um instrumental -, quais sejam: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça, os quais corresponderiam ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se concebe o *status* de direito subjetivo exigível perante o Judiciário

univocamente, que do conjunto de direitos fundamentais, estruturados ao redor do princípio da dignidade da pessoa humana, emerge um conteúdo mínimo de condições concretas que deve ser garantido a todos (o rol de situações materiais que permite ao sujeito reconhecer-se como um sujeito dotado de dignidade).<sup>99</sup> Em seguida, a autora afirma que o regime jurídico do serviço público (tema de sua obra), no que toca ao mínimo existencial (universalidade, modicidade das tarifas e continuidade das prestações), está albergado pela proibição de retrocesso social.<sup>100</sup>

Felipe Derbli, entretanto, afasta a vinculação da proibição de retrocesso social apenas ao mínimo existencial, cuja tutela constitucional já é traçada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Para ele, o princípio da proibição de retrocesso social deve incidir para além do mínimo essencial, impedindo o retorno na concretização dos direitos sociais mesmo que se diga respeito às prestações mínimas indispensáveis à sobrevivência das pessoas.<sup>101</sup>

Ingo Sarlet, ao tecer considerações sobre o estudo de Felipe Derbli, aduz, em nota de rodapé, que jamais vinculou o princípio da proibição de retrocesso unicamente à dignidade da pessoa humana ou à segurança jurídica, uma vez que aquele apresenta conteúdo autônomo e substantivo enquanto princípio implícito. De outra banda, Sarlet afirma jamais ter advogado que o mínimo existencial (que, segundo ele, relaciona-se à dignidade da pessoa humana, mas com ela não se confunde) fosse a única a ser protegida pelo princípio da proibição de retrocesso

---

(BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 288). Insta salientar, ainda, que a análise do mínimo existencial costuma ser analisada, de modo geral, em consonância com temas igualmente complexos como a reserva do possível e as limitações de recursos. Para uma abordagem também competente acerca do tema, ver: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>99</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 167.

<sup>100</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 168.

<sup>101</sup> Felipe Derbli elucida, ainda, que “[...] os direitos fundamentais são, em variável medida, desdobramentos ou especificações do princípio da dignidade da pessoa humana”, o qual atua como elemento fundante e informador. Todavia, segundo o autor, seria exagerado considerar toda afronta do legislador a direitos fundamentais como sendo contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana, como se este fosse a panaceia a todos os males da sociedade (cf. DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 210-211).

social. Para ele, o mínimo existencial trata-se apenas da última barreira contra o legislador (não a primeira e única).<sup>102</sup>

Mas, diante disso, quais seriam os limites da aplicação do princípio da proibição de retrocesso social?<sup>103</sup>

Ingo Sarlet, por exemplo, propõe que, para que não haja violação ao princípio da proibição de retrocesso, uma medida de cunho retrocessivo deve não só contar com uma justificativa de porte constitucional, mas também salvaguardar o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente no que corresponde às prestações materiais indispensáveis a uma vida digna a todas as pessoas; além disso, Sarlet assevera que deverão ser lembradas, também, as noções de segurança jurídica e proteção da confiança.<sup>104</sup>

Já Felipe Derbli, baseando-se, entre outros, em estudos de Canotilho<sup>105</sup> e Vieira de Andrade<sup>106</sup>, sustenta que, se dada norma constitucional definidora de direito fundamental social atinge dado nível de densidade normativa por ação do legislador, poderá tal concretização passar a integrar o próprio conteúdo da norma constitucional, desde que seja objeto de consenso profundo, idôneo que permita a radicação na consciência geral. É que, segundo ele, a obra do legislador pode ampliar, desenvolver ou especificar o núcleo essencial da norma constitucional definidora de direito de modo que tal concretização não poderá ser alterada ou suprimida de forma irrazoável ou desproporcional.<sup>107</sup>

Diante do exposto, nota-se desde logo a complexidade da problemática, que, a ser aprofundada no decorrer desta monografia, diz respeito à própria aplicação e

<sup>102</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 445-446.

<sup>103</sup> A discussão, tratada no atual capítulo apenas a título introdutório, será devidamente retomada no decorrer da presente monografia, conforme subcapítulo 2.4 – “O princípio da proibição de retrocesso socioambiental”.

<sup>104</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 455.

<sup>105</sup> Segundo Canotilho, a concretização legislativa das normas constitucionais dirigentes pode alcançar tamanho grau de consenso básico e de radicação na consciência jurídica geral que passa a corresponder a uma complementação ou desenvolvimento do direito previsto na norma da Constituição, dispondo, como ele, da força ou dignidade normativa das normas constitucionais. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 411-413.

<sup>106</sup> Ver nota de rodapé nº 69, em que já se consignou o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade acerca do tema.

<sup>107</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 246.

limites do princípio da proibição de retrocesso. De toda forma, verifica-se que a proibição de retrocesso já apresenta sólidos contornos na doutrina brasileira, havendo inclusive quem o remeta, com as devidas especificidades, à seara do direito ambiental. Tal tema será, justamente, objeto de análise do capítulo seguinte.

## CAPÍTULO 2 – A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE, A INTEGRAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL

### 2.1. Notas sobre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Previamente à análise de um princípio da proibição de retrocesso voltado à esfera ambiental, faz-se necessário tratar, ainda que sucintamente, da relevância que se tem atribuído à proteção ambiental (presente subcapítulo – 2.1.), bem como das importantes noções de sustentabilidade e princípio da precaução (próximo subcapítulo - 2.2.) e da proporcionalidade (subcapítulo 2.3.).

Contemplando-se a realidade global, nota-se que a humanidade, não obstante os relevantes progressos científicos e tecnológicos atingidos desde a Revolução Industrial, não logrou, até o momento, enfrentar adequadamente o dilema ambiental que lhe é apresentado.<sup>108</sup> Nesse sentido, José Rubens Morato Leite alude a uma “*crise ambiental*” (caracterizada pelo esgotamento dos modelos de desenvolvimento econômico e industrial experimentados), visto que tanto as ideologias liberais quanto as socialistas tem lançado mão de um modelo industrial agressivo aos valores ambientais da comunidade.<sup>109</sup>

Não é exagerado afirmar, na esteira de José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, que a invisibilidade dos novos riscos no panorama do desenvolvimento industrial fez com que se retirasse da sociedade e das instituições

---

<sup>108</sup> Ilustrando o dilema ambiental contemporâneo, Chris Wold assinala, entre outros, que: (i) a população mundial duplicou nos últimos 40 anos, tendo o consumo de combustíveis fósseis aumentado quatro vezes no mesmo período; (ii) devido à desertificação, cerca de sete milhões de hectares de terrenos agriculturáveis são perdidos anualmente; (iii) as temperaturas globais médias aumentaram cerca de 0,5°C nos últimos 50 anos; (iv) a cada hora, três espécies são extintas; (v) um bilhão de pessoas bebe água contaminada; (vi) 1,7 bilhão de pessoas não tem acesso a qualquer infra-estrutura de saneamento básico; e (vii) 1,3 bilhão de pessoas respira um ar cuja qualidade está abaixo dos padrões sanitários internacionais etc. Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 5-6.

<sup>109</sup> LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. rev., atual, e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003, p. 22.

a possibilidade de identificar, controlar e evitar as feições do risco.<sup>110</sup> Desse modo, em meio à globalização, a proliferação de novas qualidades de risco expõe as sociedades a diferentes causas de produção de insegurança e incerteza nas opções referentes inclusive à possibilidade e condições de existência de um futuro.<sup>111</sup>

É nesse panorama de insegurança e incerteza que se insere o Direito Ambiental. Não por acaso, a Constituição Federal de 1988 já não trata mais os recursos naturais como abundantes e, muito menos, infinitos. Pelo contrário, como assevera Antonio Herman Benjamin, para o constituinte de 1988 “[...] *a natureza é apreendida como uma realidade frágil, sistêmica e ameaçada pelos seres humanos* [...]”.<sup>112</sup>

Com efeito, embora haja concepções diversas<sup>113</sup>, há quem sustente a superação de um paradigma estritamente antropocêntrico. Antônio Herman Benjamin, por exemplo, afirma que a Constituição, inserida numa época de superação de paradigmas, “[...] *apoiar-se, de uma só vez, em padrões antropocêntricos, biocêntricos e até ecocêntricos.*”<sup>114</sup> É que, segundo Benjamin, o poder constituinte traçou um regime de direitos de filiação antropocêntrica temporalmente mitigada (com titularidade atribuída também às gerações futuras), ligado a um feixe de beneficiários que vão muito além da esfera do que se considera humanidade.<sup>115</sup> Como prossegue o autor, embora não se atribua, pela via direta, direitos à natureza, o legislador constitucional reconheceu nela valor intrínseco,

<sup>110</sup> LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 16-17.

<sup>111</sup> LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 28.

<sup>112</sup> BENJAMIN, Antonio Hermann. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 109.

<sup>113</sup> Apenas a título ilustrativo, cabe mencionar a obra de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, em que se registra que a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) – em especial seu art. 3º - protege a vida em todas as suas formas (e não apenas o homem que possui vida). Assim, segundo ele, um bem, mesmo que não seja vivo, pode ser ambiental, caso possa ser essencial à sadia qualidade de vida de outrem. O autor ainda esclarece, em seguida, que a vida que não seja humana só poderá ser tutelada pelo direito ambiental caso sua existência signifique a garantia da sadia qualidade de vida do homem, uma vez que na sociedade organizada ele é o destinatário de toda e qualquer norma. Cf. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco Fiorillo. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

<sup>114</sup> BENJAMIN, Antonio Hermann. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 110.

<sup>115</sup> BENJAMIN, Antonio Hermann. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 110.



estatuindo deveres a serem exigidos dos seres humanos em prol de elementos bióticos e abióticos que compõem as bases da vida.<sup>116</sup>

Tal debate - deveras relevante, mas que não será aprofundado nesta monografia – ilustra a importância da questão ambiental, que tem sido uma constante mesmo no âmbito do Direito Internacional. Nesse sentido, o princípio 1 da Declaração do Meio Ambiente, adotada pela Conferência das Nações Unidas em Estocolmo (1972), proclama que:

Princípio 1: O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.<sup>117</sup> (grifo inexistente no original)

Nesse panorama, a Constituição Brasileira, na esteira de diversas Constituições estrangeiras<sup>118</sup>, ao tratar da tutela do meio ambiente, assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>119</sup> É o que se depreende da redação do art. 225, *caput*, da Constituição Federal:

*Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

<sup>116</sup> BENJAMIN, Antonio Hermann. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 110-111.

<sup>117</sup> Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Meio Ambiente (1992). Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc)>. Acesso em: 31/08/2012.

<sup>118</sup> Apenas a título exemplificativo, José Afonso da Silva menciona a Constituição da Alemanha (1949), a Constituição da Suíça (1874, sendo emendada desde então), a Constituição da Bulgária (1971), a Constituição da União Soviética (1977), a Constituição Portuguesa (1976), a Constituição da Espanha (1978), a Constituição do Chile (1981) e a Constituição chinesa (1982). Sobre o tema, ver: SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43-46.

<sup>119</sup> Sob o ponto de vista da geografia, citando Gilberto Giovanetti e Madalena Lacerda, equilíbrio ecológico pode ser definido como “[...] o estado de equilíbrio entre os diversos fatores que formam um ecossistema ou um habitat, suas cadeias tróficas, vegetação, clima, micro-organismos, solo, ar, água, que pode ser desestabilizado pela ação humana, seja por poluição ambiental, por eliminação ou introdução de espécies animais e vegetais.” (Cf. GIOVANETTI, Gilberto; LACERDA, Madalena. **Melhoramentos dicionário de geografia**. São Paulo: Melhoramentos, 1996, p. 70 *apud* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural: direito ambiental, função social da propriedade, bens ambientais, espaços territoriais especialmente protegidos, indenização, legislação, jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1999, p. 213.



É notório que o direito ao meio ecologicamente equilibrado insculpido no art. 225 da Constituição Federal, embora não esteja situado no título “Dos direitos e garantias fundamentais”, é um direito fundamental.<sup>120</sup> Como pontua José Rubens Morato Leite, os diversos preceitos constitucionais relacionados à proteção ambiental levam à conclusão de que existe verdadeira política ambiental, além de um dever jurídico constitucional atribuído ao Estado. Ainda, o autor afirma que o art. 225 inclui a expressão “todos têm direito” e impõe incumbências tanto ao Estado quanto à coletividade, tratando-se, de modo inequívoco, de um direito fundamental do homem.<sup>121</sup>

José Afonso da Silva aduz que se trata, aqui, de um direito social do Homem, pois o dispositivo legal em questão está situado na parte da “Ordem Social” da Magna Carta.<sup>122</sup> No entanto, em que pesem as contribuições do jurista, a posição majoritária na doutrina contempla o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não como um direito social (de segunda dimensão), mas como um direito difuso ou de solidariedade (de terceira dimensão).<sup>123</sup> De acordo com Marcelo Abelha Rodrigues, “o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de titularidade *metaindividual* e recai sobre bens (*bens ambientais*) que possuem natureza *indivisível*”.<sup>124</sup> Dessa feita, segundo Rodrigues, como é indivisível e tem titularidade indeterminável, o bem ambiental jamais pode ser exclusivo desta ou daquela pessoa, pois sua essencialidade à vida (equilíbrio do ecossistema) exige que todos

<sup>120</sup> Zulmar Fachin afirma que os direitos fundamentais não se exaurem no catálogo específico previsto no Título da Constituição “Dos direitos e garantias fundamentais”, podendo ser também encontrados dispersos no texto constitucional. A título de exemplo, o autor menciona como direitos fundamentais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal) e a legalidade tributária (art. 150, inciso I, da Constituição Federal). Cf. FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 220.

<sup>121</sup> LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003, p. 87. Também reconhecendo a fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mencionam-se ainda, entre outros: MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 307-308; ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 61.

<sup>122</sup> SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 50.

<sup>123</sup> Sobre as “gerações” - ou, como parece mais adequado, “dimensões” - de direitos fundamentais, ver subitem 1.1 desta monografia (“A Constituição Federal de 1988 e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais”).

<sup>124</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**: parte geral. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.82.

usufruam dele solidariamente, viabilizando sua socialização no presente e conservando-o para o futuro.<sup>125</sup>

Sobre o tema já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, conforme trecho de ementa transcrito a seguir:

[...] A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito de terceira geração – princípio da solidariedade. O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social [...]. (MS 22164, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155)<sup>126</sup>

Corroborando a importância crescente do preceito constitucional em questão, tanto no âmbito doutrinário quanto no âmbito legislativo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem sido remetido ao princípio da dignidade da pessoa humana e, inclusive, ao mínimo existencial.<sup>127</sup> Nessa esteira, o art. 2º, *caput* da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente relaciona a tutela do meio ambiente à dignidade da pessoa humana ao dispor que:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana [...].<sup>128</sup>

<sup>125</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**: parte geral. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 83. No mesmo sentido, Paulo Affonso Leme Machado afirma que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, independentemente de nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão renda ou residência. Assim, o autor conclui que se trata de interesse difuso, uma vez que não se esgota numa só pessoa, mas se espraia para uma coletividade indeterminada. Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 151.

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22164. Relator: Celso de Mello. Brasília, 30 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2822164%2E%2E+O+U+22164%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04/09/2012.

<sup>127</sup> Sobre aspectos gerais dos conceitos de dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, ver subitem 1.3 desta monografia (“O princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro”).

<sup>128</sup> Também referindo a proteção do meio ambiente à dignidade da pessoa humana, a Lei Complementar nº 140/2011 (que trata da competência administrativa em matéria ambiental) prevê, no art. 3º, inc. II, que “*Constituem objetivos fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício da competência comum a que se refere esta Lei Complementar: [...] II - garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais.*”

No campo doutrinário, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer acentuam que a dimensão ecológica - ou, sob um prisma integrativo, dimensão socioambiental - não pode ser excluída de uma compreensão necessariamente multidimensional e não reducionista da dignidade da pessoa humana. É que, para os autores, a dignidade da pessoa humana não se limita à dimensão somente biológica ou física, pois contempla a qualidade de vida como um todo. Dessa feita, Sarlet e Fensterseifer propugnam que a dimensão ecológica visa à ampliação do conteúdo da dignidade da pessoa humana, assegurando um padrão de qualidade e segurança mais amplo (e não apenas a mera garantia da existência ou sobrevivência biológica).<sup>129</sup>

Já Carlos Alberto Molinaro aduz que o legislador possui competência para atender as necessidades ambientais minimamente asseguradas na Constituição, esclarecendo em seguida que:

[...] esta afirmação é forte e pode ser objeto de polêmica, mas é uma afirmação que está suportada na substancialidade do 'contrato político' que elege como 'foco central' o direito fundamental à vida e a manutenção das bases que a sustentam, o que só pode se dar no gozo de um ambiente equilibrado e saudável, onde vai concretizar-se, em sua plenitude, a dignidade humana; ademais, um tipo de Estado com esta característica, está comprometido com o privilegiar a existência de um 'mínimo ecológico' [...].<sup>130</sup>

Na mesma linha, Patryck de Araújo Ayala alude a um mínimo de conteúdo ambiental (mínimo de existência ecológica), associando-o à suficiente qualidade de vida enquanto resultado de uma leitura de dignidade. Para o autor, o mínimo de existência ecológica remete à proteção de uma zona existencial que não está sujeita a iniciativas revisoras típicas da função legislativa. Ainda, invocando o princípio da proibição de retrocesso<sup>131</sup>, Ayala sustenta que há uma dimensão ecológica que deve ser mantida e protegida contra iniciativas retrocessivas que possam, de algum modo, ameaçar os padrões elementares de existência.<sup>132</sup> Entretanto, como propõe

<sup>129</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 62.

<sup>130</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 113.

<sup>131</sup> A temática da proibição de retrocesso ambiental será objeto de análise específica no decorrer do presente estudo. Ver subcapítulo 2.4 – “O princípio da proibição de retrocesso socioambiental”.

<sup>132</sup> AYALA, Patryck de Araújo. **Mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso em matéria ambiental: considerações sobre inconstitucionalidade do Código do Meio Ambiente de Santa**

Ayala, o mínimo existencial ecológico deve pautar-se pelo reconhecimento da interdependência entre as realidades social, econômica e cultural do direito fundamental ao meio ambiente, tomando o componente ecológico como condição ao desenvolvimento de uma vida digna.<sup>133</sup>

A título de ilustração, menciona-se emblemático julgado do Superior Tribunal de Justiça de Relatoria do ministro João Otávio de Noronha (Recurso Especial nº 403190/SP), referente ao “caso Billings”, em que se discutia a situação de famílias instaladas em loteamento clandestino localizado às margens da represa paulista. Na ocasião, apesar de reconhecer-se um fator social relevante (uma vez que se tratava de famílias carentes que, na busca por moradias mais dignas, possivelmente foram ludibriadas pelos empreendedores do loteamento), determinou-se a remoção das pessoas ali estabelecidas em prol da proteção do manancial hídrico em questão.<sup>134</sup>

O “caso Billings”, no qual estava em jogo também a tutela do direito à moradia digna, evidencia, além da multidimensionalidade inerente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a constante interação entre os direitos fundamentais albergados na Constituição Federal. Com efeito, na esteira de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, a adoção do marco jurídico-constitucional socioambiental acarreta a convergência da tutela dos direitos sociais e ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano sustentável, inclusive pela perspectiva da noção ampliada e integrada dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.<sup>135</sup>

Nesse panorama, à luz de uma perspectiva integrativa entre os aspectos econômico, social e ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, o capítulo seguinte

Catarina. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 60, out.-dez. 2010, p. 333-334.

<sup>133</sup> AYALA, Patryck de Araújo. Mínimo existencial ecológico e transconstitucionalismo na experiência jurídica brasileira: uma primeira leitura de jurisprudência comparada. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, jul.-set. 2010, p. 328.

<sup>134</sup> No voto, entre outros fatores, o Relator, salientando a impossibilidade de conciliação entre a manutenção dos moradores no local e a preservação do reservatório de abastecimento de água urbano, sustentou que essa última beneficiaria um número muito maior de pessoas do que as estabelecidas no local, devendo prevalecer, portanto, o interesse público Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 403190/SP. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 27 de junho de 2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101251250&dt\\_publicacao=14/08/2006](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101251250&dt_publicacao=14/08/2006)>. Acesso em 24/11/2012.

<sup>135</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 130.

tratará da sustentabilidade, bem como de um de seus desdobramentos: o princípio da precaução.

## 2.2. A sustentabilidade e o princípio da precaução

Paulo Affonso Leme Machado acentua que *“de longa data, os aspectos ambientais foram desatendidos nos processos de decisões, dando-se um peso muito maior aos aspectos econômicos.”*<sup>136</sup> Outro não é o entendimento de José Afonso da Silva, que denuncia o modo através do qual tem sido implementado o sistema de produção ocidental. Eis a manifestação do jurista:

O desenvolvimento econômico tem consistido, para a cultura ocidental, na aplicação direta de toda a tecnologia gerada pelo Homem no sentido de criar formas de substituir o que é oferecido pela Natureza, com vista, no mais das vezes, à obtenção de lucro em forma de dinheiro, e ter mais ou menos dinheiro é, muitas vezes, confundido com melhor ou pior qualidade de vida. [...] Mas o conforto que o dinheiro compra não constitui todo o conteúdo de uma boa qualidade de vida. A experiência dos povos ricos o demonstra, tanto que também eles buscam uma melhor qualidade de vida. ‘Porém, essa cultura ocidental, que hoje busca uma melhor qualidade de vida, é a mesma que destruiu e ainda destrói o principal modo de obtê-la: a Natureza, patrimônio da humanidade, e tudo o que pode ser obtido a partir dela, sem que esta seja degradada.’<sup>137</sup>

Tal lógica de produção desencadeou uma série de alterações maléficas no meio ambiente, como demonstram, cotidianamente, a poluição do ar, dos rios e dos mares, a falta de recursos naturais e a ameaça de extinção de diversas espécies animais e vegetais, entre outros.<sup>138</sup> Devido a tal situação, tem-se operado uma mudança de visão, referente à substituição da norma econômica de expansão quantitativa (crescimento) por aquela da melhoria qualitativa (desenvolvimento), em que pese a resistência de instituições econômicas e políticas baseadas no

<sup>136</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 74.

<sup>137</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 25.

<sup>138</sup> Quanto a essa discussão, remete-se o leitor para as inúmeras mazelas ambientais já apontadas no subitem anterior (2.1. “Notas sobre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”), no qual se abordou a problemática da “crise ambiental”, num cenário em que a próprio destino do homem é posto em questão.

tradicional crescimento quantitativo.<sup>139</sup> Desenvolvimento, portanto, não se confunde com o mero crescimento<sup>140</sup>, nem tampouco se reduz ao aspecto puramente econômico.<sup>141</sup>

É pertinente, acerca da questão, a posição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

[...] numa sociedade desregrada, à deriva de parâmetros de livre concorrência e iniciativa, o caminho inexorável para o caos ambiental é uma certeza. Não há dúvida de que o desenvolvimento econômico também é um valor precioso da sociedade. Todavia, a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico *devem coexistir, de modo que aquela não acarrete a anulação deste*.<sup>142</sup>

Com base nas considerações de Fiorillo, evidencia-se que o aspecto econômico não se isola da questão ambiental. Não por acaso, o art. 170 da Constituição Federal arrola, como princípio da ordem econômica, a defesa do meio ambiente.<sup>143</sup> Nesse sentido, é bastante oportuna a lição de Cristiane Derani, para quem o direito ambiental e o direito econômico não apenas se interceptam, mas também apresentam as mesmas preocupações: a melhoria do bem-estar das pessoas (qualidade de vida) e a estabilidade do processo produtivo.<sup>144</sup> Derani elucida ainda que:

A aceitação de que a qualidade de vida corresponde tanto a um objetivo do processo econômico como uma preocupação da política ambiental afasta a visão parcial de que as normas de proteção do meio ambiente seriam

<sup>139</sup> Trata-se, aqui, de ideia de Herman Daly comentada por Paulo Affonso Leme Machado. Cf. DALY, Herman. *Beyond growth: the economics of sustainable development*, *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 74.

<sup>140</sup> Como acentua Paulo de Bessa Antunes, enquanto o desenvolvimento pressupõe a harmonia entre diversos elementos constitutivos, o crescimento significa a preponderância e prioridade da acumulação de capital sobre os demais componentes situados no processo (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 18).

<sup>141</sup> Nesse sentido, a Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, da qual o Brasil é signatário, dispõe no art. 1º, parágrafo 1º, que “o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.” Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento. Disponível em < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/desenvolv.htm>>. Acesso em: 29/11/2012.

<sup>142</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco Fiorillo. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94.

<sup>143</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

<sup>144</sup> DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 76-77.



servas da obstrução de processos econômicos e tecnológicos. A partir deste enfoque, tais normas buscam uma compatibilidade desses processos com as novas e sempre crescentes exigências do meio ambiente.<sup>145</sup>

Paulo de Bessa Antunes, por sua vez, afirma não ser possível compreender a natureza econômica do direito ambiental como uma espécie de relação jurídica que privilegia a atividade produtiva em desfavor de um padrão de vida mínimo que deve ser assegurado aos seres humanos. É que, para Antunes, em razão da natureza econômica do direito ambiental, a preservação e sustentabilidade dos recursos ambientais (que também são recursos econômicos) devem ser encaradas de modo a assegurar um padrão constante de elevação da qualidade de vida das pessoas.<sup>146</sup>

Decorre dessa concepção não apartada a chamada transversalidade do direito ambiental. Justificando tal expressão, Karin Kässmayer aduz que o capítulo sobre meio ambiente, além de assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações, torna-se um viés interpretativo do texto constitucional. Indo além, a professora afirma que a questão ambiental não pode ser analisada de modo isolado nem ser compreendida sem a interface com os aspectos sociais, econômicos e culturais.<sup>147</sup>

Também o legislador infraconstitucional já reconheceu a interdependência entre os aspectos socioeconômicos e ambientais. Como ilustra Paulo Affonso Leme Machado, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil (Lei nº 6.938/1981) inseriu como objetivos dessa política a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico e a preservação dos recursos ambientais, visando à utilização racional e à disponibilidade permanente (art. 4º, I e VI).<sup>148</sup>

Tal panorama induz, necessariamente, ao complexo tema do desenvolvimento sustentável, cuja característica principal, de acordo com Édis Milaré, consiste na “[...] *possível e desejável conciliação entre o desenvolvimento, a*

<sup>145</sup> DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 78.

<sup>146</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 18.

<sup>147</sup> KÄSSMAYER, Karin. **Cidade, riscos e conflitos socioambientais urbanos: desafios à regulamentação jurídica na perspectiva da justiça socioambiental**. 259 f. Tese (Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: < <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19995/karin.pdf;jsessionid=A7EB72E02B7D5492EB729710FC91C1BE?sequence=1> >. Acesso em: 26/11/2012, p. 93.

<sup>148</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípio da precaução no direito brasileiro e no direito internacional e comparado. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 351-352.



*preservação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida – três metas indispensáveis.*<sup>149</sup> Já Paulo Affonso Leme Machado afirma que o desenvolvimento sustentável consiste num princípio implícito, que pode ser extraído do art. 225, *caput*, da Constituição Federal.<sup>150</sup> Segundo ele, apesar da ausência de menção expressa no dispositivo, “[...] *a inserção do dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações representa a essência do princípio da sustentabilidade.*”<sup>151</sup>

No mesmo sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, salienta que a ordem econômica, pautada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, deve reger-se pelos ditames de justiça social, respeitando o princípio da defesa do meio ambiente, contido no art. 170, VI da Constituição Federal.<sup>152</sup> Segundo o autor, a ideia central aqui seria a existência digna, mediante vida com qualidade (e não impedir o desenvolvimento econômico).<sup>153</sup> Seguindo essa linha de argumentação, Fiorillo delimita o princípio do desenvolvimento sustentável como o desenvolvimento que atenda às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações.<sup>154</sup>

Inclusive, a responsabilidade perante as futuras gerações já era uma tônica em 1987, quando da elaboração do Relatório *Bruntland*, produto da Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. No Relatório, intitulado *Nosso Futuro Comum*, considera-se desenvolvimento sustentável aquele que “*satisfaz as necessidades da geração presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer as próprias necessidades.*”<sup>155</sup>

<sup>149</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 50.

<sup>150</sup> O art. 225, *caput*, da Magna Carta prevê que: “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*”

<sup>151</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 89.

<sup>152</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco Fiorillo. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95.

<sup>153</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco Fiorillo. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95.

<sup>154</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco Fiorillo. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96.

<sup>155</sup> Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório da Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: *Nosso Futuro Comum*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>>. Acesso em 04/10/2012.

É notório, também, o entendimento de Elias Altvater mencionado por Cristiane Derani, em que se sintetizam os elementos básicos referentes à efetivação de um desenvolvimento que de proponha sustentável da seguinte forma:

Desenvolvimento é determinado como a realização de um sistema coerente com o aumento da produtividade, distribuição equitativa da renda social, modos de utilização sustentáveis dos recursos e gerenciamento inteligente dos riscos. [...] Sem dúvida, a observação deste complexo de elementos nos conceitos das modernas políticas de desenvolvimento é uma expressão de avanço teórico e realismo político.<sup>156</sup>

Na mesma esteira, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, mencionando o Princípio 5º da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), vinculam o desenvolvimento sustentável à garantia dos direitos sociais e de condições de vida digna às pessoas. Eis o ensinamento dos autores:

Além de traçar o objetivo (também erigido à condição de objetivo fundamental constitucional, consoante disposto no art. 3º, inc. I e III, da CF88) de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e atender às necessidades da maioria da população mundial e colocar nas mãos conjuntamente da sociedade e do Estado tal missão, o diploma internacional [a Declaração do Rio Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992], ao traçar o conceito de desenvolvimento sustentável, evidencia a relação direta e interdependência entre os direitos sociais e a proteção do ambiente, sendo a tutela de tais direitos fundamentais um objetivo necessariamente comum para as comunidades políticas nacionais. Assim, o compromisso com um desenvolvimento sustentável não pode negligenciar a questão da equitativa distribuição de renda (ou da *justiça distributiva*), o que passa necessariamente pela garantia dos direitos sociais e de um nível de vida digna (portanto, sempre também com qualidade ambiental) para todas as pessoas.<sup>157</sup>

A tarefa de implementação da sustentabilidade, como se percebe, não é simples. Conforme elucida Karin Käsmayer, a literatura jurídica trata o desenvolvimento sustentável como um princípio vetor da sociedade de risco tecnológica, sem olvidar o impasse de sua abstração. Assim, como escreve Karin Käsmayer, “*compreende-se o seu significado, mas não os meios de implementá-lo, tampouco a forma de verificar a sua real efetivação.*”<sup>158</sup> Nesse diapasão, Cristiane

<sup>156</sup> ALTVATER, Elmar *apud* DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 143.

<sup>157</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 115.

<sup>158</sup> KÄSSMAYER, Karin. **Desenvolvimento sustentável: uma passagem de seu conceito à aplicabilidade urbana**. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social), Pontifícia

Derani afirma que inexistente uma fórmula única de desenvolvimento sustentável, haja vista os variados fatores que lhe são inerentes. Nas palavras de Derani:

De fato, não há um desenvolvimento sustentável, matematicamente dedutível. O que existe é, dentro de uma mediação política comunicativa, a possibilidade de compor, atentando à inerente multidisciplinariedade, um conjunto complexo de fatores que resultariam, para uma determinada sociedade, o econômica-ambiental-socialmente equilibrado. Em suma, são várias as possibilidades de sustentabilidade, que não refletem, de maneira alguma, um ideal nirvânico, mas que podem garantir, num período mais duradouro, a realização do “desenvolvimento nacional equilibrado (CF, art. 174, §1º) compatível com a efetivação da justiça social e com a conservação dos recursos naturais. Para isto, são postos em discussão vários fatores que devem ser devidamente coadunados. Recursos naturais, tecnologia adequada, prioridades sociais.<sup>159</sup> (grifo inexistente no original)

Adotada a premissa de que não existe uma fórmula única de efetivação do desenvolvimento sustentável, convém trazer à baila, ainda, a concepção de sustentabilidade propugnada por Juarez Freitas. Segundo o jurista:

Com tais acréscimos é que se chegou ao conceito de sustentabilidade, que, convém reprisar: é o princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática<sup>160</sup> com o bem de todos.<sup>161</sup> (grifo inexistente no original)

Há, pois, uma relação entre a sustentabilidade e uma conduta preventiva/precavida de danos ambientais. De acordo com o professor da Universidade de Heidelberg Rüdiger Wolfrum, “há uma ligação nítida entre o princípio da precaução e princípio de que qualquer desenvolvimento que tem um impacto sobre o meio ambiente deve ser sustentável.”<sup>162</sup> Na sequência, o autor aponta a tendência crescente no direito internacional ambiental de que:

---

Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2005-11-09T090914Z-233/Publico/DtoKarin.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2005-11-09T090914Z-233/Publico/DtoKarin.pdf)>. Acesso em: 26/11/2012, p. 59.

<sup>159</sup> DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 154.

<sup>160</sup> Homeostase, segundo o autor, consiste na “[...] ação deliberada de reequilíbrio dinâmico a favor da vida, sem deixar de fazer as intervenções necessárias.” FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 50.

<sup>161</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 51.

<sup>162</sup> WOLFRUM, Rüdiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 24.

[...] o meio ambiente é melhor protegido por meio da prevenção do que pela obrigatoriedade de recuperação ou por meio de medidas paliativas. Prevenir o dano ambiental ou a degradação, em si mesmo, é um elemento decisivo em qualquer regime construído sobre o princípio do desenvolvimento sustentável, uma vez que a sustentabilidade pressupõe o afastamento de danos irreversíveis ou degradação.<sup>163</sup> (grifo inexistente no original)

Adianta-se, desde logo, que não há consenso na doutrina acerca da distinção ou não entre princípio da prevenção e princípio da precaução.<sup>164</sup> Édis Milaré adverte que há juristas que se referem ao princípio da prevenção, ao passo em que outros se reportam ao princípio da precaução, existindo ainda quem utilize ambas as expressões, supondo ou não diferença entre eles.<sup>165</sup>

Alexandre Kiss, por exemplo, sustenta que a diferença entre princípio da prevenção e precaução situa-se na avaliação do risco que ameaça o ambiente. Para o autor, a precaução é considerada quando o risco é tão elevado que a total certeza científica não deverá ser exigida antes de adotar-se uma ação corretiva. Segundo o autor, o princípio da precaução deve ser aplicado nos casos em que qualquer atividade possa causar danos duradouros e irreversíveis ao meio ambiente ou nas hipóteses em que o benefício decorrente da atividade é completamente desproporcional ao impacto que poderá ser causado no meio ambiente.<sup>166</sup>

Por sua vez, José Rubens Morato Leite também difere o princípio da prevenção do princípio da precaução com base na avaliação do risco. Segundo o autor, a atuação preventiva é um mecanismo destinado à gestão dos riscos, voltado, especificamente, para inibir os riscos concretos ou potenciais, visíveis e previsíveis pelo conhecimento humano. Já o princípio da precaução atua no primeiro momento

<sup>163</sup> WOLFRUM, Rüdiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 24.

<sup>164</sup> Celso Antonio Pacheco Fiorillo, por exemplo, sustenta que, no plano constitucional brasileiro, diferenciar prevenção e precaução seria despiciendo, uma vez que o chamado “princípio da precaução” estaria inserido no princípio constitucional da prevenção. Cf. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco Fiorillo. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131-132.

<sup>165</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 143.

<sup>166</sup> Alexandre Kiss argumenta, na sequência, que o princípio da precaução deverá ser aplicado nos casos em que a atividade possa implicar danos duradouros ou irreversíveis ao meio ambiente, ou nas situações em que o benefício advindo da atividade é totalmente desproporcional ao impacto negativo que poderá ser causado por ela no meio ambiente. Ver: KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 11.

dessa função antecipatória, inibitória e cautelar, em face do risco abstrato, que pode ser considerado risco de dano, já que não raro é de difícil visualização e previsão.<sup>167</sup>

No presente trabalho, na linha de Édis Milaré, não se descartará a possível diferença entre princípio da prevenção e princípio da precaução nem se discordará de quem advoga que se trata de princípios diversos.<sup>168</sup> Assim, para fins metodológicos, adotar-se-á a solução proposta por Karin Kässmayer em sua tese de doutorado, na qual opta por empregar o vocábulo princípio da precaução, uma vez que é a expressão mais recorrente nas convenções internacionais.<sup>169</sup>

Delineada tal opção metodológica, adianta-se que o princípio da precaução destina-se à prevenção da degradação ambiental quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, mesmo perante a ausência de certeza científica absoluta, conforme se depreende do princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), transcrito a seguir:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.<sup>170</sup>

Já no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, o art. 225 da Constituição Federal prevê o dever do Poder Público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Assim, segundo Solange Teles da Silva, o princípio da precaução decorre do art. 225 da Constituição Federal, impondo aos operadores do direito a busca por respostas ao imperativo de segurança reforçada e a regulamentação das dúvidas geradas na ciência, a fim de

<sup>167</sup> Cf. LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 171-172.

<sup>168</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144.

<sup>169</sup> KÄSSMAYER, Karin. **Cidade, riscos e conflitos socioambientais urbanos: desafios à regulamentação jurídica na perspectiva da justiça socioambiental**. 259 f. Tese (Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/handle/1884/19995/karin.pdf;jsessionid=A7EB72E02B7D5492EB729710FC91C1BE?sequence=1>>. Acesso em: 26/11/2012, p. 132.

<sup>170</sup> Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 24/10/2012.

que seja possível assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações.<sup>171</sup>

Ainda, nas palavras de Aurélio Veiga Rios, o princípio da precaução remete à necessidade de que sejam tomadas, pelos Estados e empreendedores, as medidas cabíveis para evitar a ocorrência de danos ambientais. De acordo com Rios, o princípio da precaução decorre da urgência e da prudência<sup>172</sup>, combinando diversas ferramentas para lidar com as causas e consequências dos danos ambientais causados por variados fatores, tais como contaminação dos recursos naturais, poluição do ar, desmatamento etc.<sup>173</sup>

Aplicando o princípio da precaução, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido da inviabilidade da queima de palha de cana de açúcar em se tratando de atividade empresarial, *verbis*:

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANA-DE-AÇÚCAR. QUEIMADAS. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 4771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. QUEIMA DA PALHA DE CANA. EXISTÊNCIA DE REGRA EXPRESSA PROIBITIVA. EXCEÇÃO EXISTENTE SOMENTE PARA PRESERVAR PECULIARIDADES LOCAIS OU REGIONAIS RELACIONADAS À IDENTIDADE CULTURAL. INAPLICABILIDADE ÀS ATIVIDADES AGRÍCOLAS INDUSTRIAIS.

1. O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente.

2. A situação de tensão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre os valores conflitantes. Em face dos princípios democráticos e da Separação dos Poderes, é o Poder Legislativo quem possui a primazia no processo de ponderação, de modo que o Judiciário deve intervir apenas no caso de ausência ou desproporcionalidade da opção adotada pelo legislador.

<sup>171</sup> SILVA, Solange Teles da. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 82-83.

<sup>172</sup> A título de nota, como bem ilustram Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, os deveres de proteção para com a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, as próprias bases naturais da vida e os interesses das futuras gerações acarretam o dever de tomar medidas a fim de controlar os riscos e perigos decorrentes do desenvolvimento tecnológico, haja vista o comprometimento dos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao equilíbrio ambiental. Ver: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.102.

<sup>173</sup> RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. O princípio da precaução e a sua aplicação na Justiça Brasileira: estudo de casos científicos. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 374-375.



[...]. Precedente: (REsp 418.565/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 29/09/2010, DJe 13/10/2010). Recurso especial provido.<sup>174</sup> (grifo inexistente no original)

Nesta monografia, não serão abordados, de forma mais minuciosa, os instrumentos de implementação do princípio da precaução.<sup>175</sup> Por ora, intenta-se apenas demonstrar que a ausência de certeza científica não pode servir de justificativa ao atraso da adoção de medidas eficazes à tutela ambiental (devendo, na dúvida, prevalecer a proteção do meio ambiente). Além disso, evidenciou-se a interlocução necessária entre o princípio da precaução e o princípio do desenvolvimento sustentável (o que demanda a análise não só aspectos ambientais, mas também de fatores sociais, econômicos, culturais etc.). Afinal, conforme lição de Juarez Freitas, as dimensões ética, jurídico-política, ambiental, social e econômica entrelaçam-se e constituem-se mutuamente, numa dialética da sustentabilidade.<sup>176</sup>

Diante disso, certamente haverá, na linha de Paulo Bonavides, situações concretas em que bens jurídicos igualmente habilitados à proteção do ordenamento jurídico encontrar-se-ão em antinomia, ocasiões em que tem relevância o emprego da proporcionalidade.<sup>177</sup> É que, tendo em vista a constante interação entre os diversos direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal (de ordem econômica, social, ambiental etc.), inevitavelmente haverá colisões. Desse modo, urge tecer no próximo subcapítulo considerações acerca da proporcionalidade, que, como é notório, tem sido usualmente empregada na solução de casos concretos que envolvam colisão e restrição de direitos fundamentais.

<sup>174</sup> REsp 1285463/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 06/03/2012.

<sup>175</sup> Paulo Affonso Leme Machado refere-se a 12 itens referentes à aplicação do princípio da prevenção (designado aqui, como já justificado anteriormente, enquanto princípio da prevenção), quais sejam: “1) *identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um determinado território, quanto à conservação da natureza*; 2) *identificação das fontes contaminantes das águas e do ar, quanto ao controle da poluição*; 3) *identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico*; 4) *planejamento ambiental e econômico integrados*; 5) *ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão*; 6) *Estudo de Impacto Ambiental*; 7) *prestação de informações contínuas e completas*; 8) *emprego de novas tecnologias*; 9) *autorização ou licenciamento ambiental*; 10) *monitoramento*; 11) *inspeção e auditoria ambientais*; 12) *sanções administrativas ou judiciais*.” (Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 122).

<sup>176</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 65.

<sup>177</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 439.



### 2.3. A regra da proporcionalidade e a solução de colisões entre direitos fundamentais

A proporcionalidade tem sido objeto de importantes estudos na doutrina brasileira<sup>178</sup>, de modo que uma abordagem exaustiva da questão renderia, possivelmente, uma tese integralmente dedicada ao assunto. Diante disso, o presente subcapítulo pretende apenas traçar os contornos gerais referentes à proporcionalidade, tendo em vista a grande relevância para o deslinde desta monografia.

No direito brasileiro, como é notório, não raro ocorrem situações de conflitos entre direitos fundamentais, de modo que um dos direitos fundamentais envolvidos poderá, em alguma medida, sofrer restrições. Acerca da colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, o professor Clèmerson Merlin Clève, em artigo escrito conjuntamente com Alexandre Reis Siqueira Freire, ensina que:

[...] a colisão entre direitos fundamentais opera a partir do momento em que o exercício ou realização de um direito fundamental de um titular irradia efeitos negativos sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais coincidentes ou díspares.<sup>179</sup>

Ainda, os autores asseveram que a proporcionalidade “[...] é de aplicação necessária nas hipóteses de colisão e restrição de direitos fundamentais.”<sup>180</sup>

Desde logo, menciona-se a existência de controvérsia inclusive quanto à natureza jurídica da proporcionalidade, a qual transita, conforme o marco teórico adotado, entre as categorias de princípio, de postulado normativo aplicativo e de regra. Paulo Bonavides, por exemplo, refere-se à proporcionalidade como um

<sup>178</sup> Mencionam-se, desde logo, alguns importantes trabalhos que tratam do tema: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>179</sup> Por outro lado, os autores sustentam que a colisão de direitos fundamentais em sentido amplo opera-se quando conflitam direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente albergados. A presente monografia, porém, ater-se-á à definição em sentido estrito apresentada. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**; mar.-ago./2002, p. 32.

<sup>180</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**; mar.-ago./2002, p. 36.

princípio, caracterizando-o, numa dimensão menos ampla, “[...] *pelo fato de presumir a existência da relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.*”<sup>181</sup>

Humberto Ávila, por sua vez, separa a proporcionalidade da categoria dos princípios e das regras, tratando-a enquanto um postulado normativo aplicativo, espécie normativa que, segundo ele, estrutura a aplicação das demais normas, diferindo das regras e princípios quanto ao nível e quanto à função.<sup>182</sup>

Virgílio Afonso da Silva, tal como Humberto Ávila, refuta o caráter principiológico da proporcionalidade. Para tanto, Virgílio Afonso da Silva retoma os fundamentais ensinamentos de Robert Alexy, mencionando que:

Alexy divide as normas jurídicas em duas categorias, as regras e os princípios. Essa divisão não se baseia em critérios como generalidade e especialidade da norma, mas em sua estrutura e forma de aplicação. Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. Princípios são, portanto, “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”; são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*.<sup>183</sup>

Assim, Virgílio Afonso da Silva demonstra que o chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, uma vez que não tem como produzir efeitos em medidas variadas, sendo aplicado de forma constante, sem variações.<sup>184</sup> Ademais, o autor, divergindo de Humberto Ávila, atribui à proporcionalidade o caráter de regra, por entender que o termo postulado normativo aplicativo não contribui para o aumento de clareza conceitual.<sup>185</sup> Partindo desse entendimento, Virgílio Afonso da Silva apresenta a seguinte definição:

<sup>181</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 406.

<sup>182</sup> Na lição de Ávila: “*Enquanto os princípios e as regras são os objetos da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras. E, enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas.*” Cf. ÁVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança jurídica. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 1, jan./mar. 2006, p. 195.

<sup>183</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 25.

<sup>184</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 25.

<sup>185</sup> Virgílio Afonso da Silva admite, no entanto, que se trata de uma regra especial, ou de uma regra de segundo nível (ou, ainda, uma meta-regra). Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 169.

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.<sup>186</sup>

Na presente monografia, adotar-se-á, como marco teórico principal, o entendimento advogado por Virgílio Afonso da Silva, complementado com as contribuições teóricas de Humberto Ávila. Tal opção justifica-se à medida que Virgílio Afonso da Silva foca a análise da proporcionalidade tendo em vista a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais (em especial no caso de medidas estatais que, a fim de promover a concretização de determinado direito fundamental, acarretam a restrição de outro(s) direito(s) de caráter fundamental).

Realizada tal escolha metodológica, cabe proceder, ainda que não de modo exauriente, à diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade, não raro tratadas, equivocadamente, como expressões praticamente equivalentes.<sup>187</sup> Bastante esclarecedora, nesse sentido, é a colocação do já citado Humberto Ávila, que diferencia a proporcionalidade da razoabilidade da seguinte forma:

Por exemplo, no exame da razoabilidade-equivalência, analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação com a finalidade de verificar se há equivalência entre a sua dimensão e aquilo que ela visa a punir ou financiar. No exame de proporcionalidade, investiga-se a norma que institui a intervenção ou exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição será promovido e em que medida os outros serão restringidos.<sup>188</sup>

Por outro lado, Virgílio Afonso da Silva pontua que, embora a proporcionalidade e a razoabilidade apresentem objetivos semelhantes (ambas visam ao controle das atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não se restrinja, mais do que for necessário, o direito dos cidadãos), há diferenças quanto à origem<sup>189</sup> e quanto à estrutura. Assim, o autor arrebatou que:

<sup>186</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 24.

<sup>187</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 28.

<sup>188</sup> ÁVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança jurídica. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 1, jan./mar. 2006, p. 195.

<sup>189</sup> Inclusive, quanto à origem histórica, o autor assevera que a origem concreta do princípio da irrazoabilidade remonta a decisão judicial de 1948 (decisão *Wednesbury*), ao passo em que somente em 1998, no debate sobre a adoção do *Human Rights Act*, a doutrina inglesa demonstrou efetivo

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* -, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade.<sup>190</sup>

Na sequência, Virgílio Afonso da Silva propugna que a regra da proporcionalidade é mais ampla do que a regra da razoabilidade. De acordo com o autor, a regra da razoabilidade esgota-se na verificação quanto à compatibilidade entre meios e fins (reduzindo-se, pois, ao exame de adequação), enquanto a proporcionalidade pauta-se pelos exames, em ordem pré-definida, de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>191</sup>

Nesse diapasão, é lícito passar, então, à análise dos três subelementos que compõem a regra da proporcionalidade, os quais norteiam a sua aplicação perante os casos concretos. São eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adianta-se, desde logo, que nem sempre se fará necessária, em face do caso concreto, a análise sucessiva de cada um dos três subelementos. É que, como esclarece Virgílio Afonso da Silva, tais sub-regras relacionam-se subsidiariamente, de modo que a verificação quanto à necessidade só será exigível se o caso não estiver resolvido à luz da regra da adequação; da mesma forma, o exame da proporcionalidade em sentido estrito apenas se fará presente caso a análise quanto à adequação e à necessidade não logrem o deslinde do feito.<sup>192</sup>

Em sua brilhante tese, ao tratar da adequação, Virgílio Afonso da Silva afirma que a medida estatal que provoca intervenção no âmbito de determinado direito fundamental necessariamente deve visar a um objetivo constitucionalmente legítimo

---

interesse na aplicação da regra da proporcionalidade. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 28-29.

<sup>190</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 30.

<sup>191</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 33.

<sup>192</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 34.

(consistente, em geral, na realização de outro direito fundamental).<sup>193</sup> Assim, para o autor, a aplicação da regra da proporcionalidade implica indagar, num primeiro momento, se a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido.<sup>194</sup>

Diante disso, nota-se que Virgílio Afonso da Silva considera adequada a medida que, uma vez realizada, possibilite fomentar a realização de determinado objetivo. Inclusive, o autor refuta o entendimento segundo o qual, no exame de adequação, é necessário investigar se o meio é adequado para a realização completa do objetivo perseguido.<sup>195</sup>

Acerca da adequação, é também pertinente o escólio de Humberto Ávila, para quem:

Um meio é adequado quando promove minimamente o fim. Na hipótese de atos jurídicos gerais a adequação deve ser analisada do ponto de vista abstrato, geral e prévio. Na hipótese de atos jurídicos individuais a adequação deve ser analisada no plano concreto, individual. O controle da adequação deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos poderes, à anulação de meios manifestamente inadequados.<sup>196</sup>

Uma vez estabelecidos os contornos referentes ao subelemento adequação, passa-se, agora, à análise do subelemento necessidade.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, o exame quanto à necessidade de uma medida, no que toca à regra da proporcionalidade, é um teste comparativo. Assim, um determinado ato estatal só será necessário quando comparado a outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas visando à mesma finalidade.<sup>197</sup> Dessa feita, segundo o autor, a limitação de certo direito fundamental por um ato estatal apenas será necessária “[...] caso a realização do objetivo perseguido não possa ser

<sup>193</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 169-170.

<sup>194</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170.

<sup>195</sup> É que, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva: “A exigência de realização completa do fim perseguido é contraproducente, já que dificilmente é possível saber com certeza, de antemão, se uma medida realizará, de fato, o objetivo a que se propõe. Muitas vezes o legislador é obrigado a agir em situações de incertezas empíricas, é obrigado a fazer previsões que não sabe se serão realizadas ou, por fim, esbarra nos limites da cognição. Nesses casos, qualquer exigência de plena realização de algo seria uma exigência impossível de ser cumprida.” Cf. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170.

<sup>196</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 131.

<sup>197</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

*promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.*<sup>198</sup>

No mesmo sentido caminha o entendimento advogado por Humberto Ávila. Conforme propõe o doutrinador, o exame da necessidade diz respeito à verificação quanto à existência de meios alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Legislativo e Executivo e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.<sup>199</sup> Ademais, como prossegue Humberto Ávila, a anulação do meio escolhido, em função do controle quanto à necessidade, só poderá ser declarada caso exista um meio alternativo que, no tocante a seus aspectos fundamentais, promove equivalentemente o fim causando restrições menos intensas.<sup>200</sup>

É lícito afirmar, nessa esteira, que o exame da necessidade da medida é bastante complexo, pois tange à comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais e do grau de promoção da finalidade almejada.<sup>201</sup> Segundo Ávila, nos casos em que são comparados meios cuja intensidade de promoção do fim é a mesma, apenas variando o grau de restrição, é fácil a escolha do meio menos restritivo; entretanto, ao se compararem meios diferentes quanto ao grau de restrição e ao grau de promoção da finalidade, seria necessário proceder à ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção.<sup>202</sup>

Também tratando da ponderação, Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire aduzem que o método em questão destina-se a propiciar o equilíbrio

<sup>198</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 38.

<sup>199</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, p. 122.

<sup>200</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, p. 131.

<sup>201</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, p. 124.

<sup>202</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, p. 124. Para Humberto Ávila, a ponderação consiste num método destinado à atribuição de pesos a elementos que se entrelaçam (o autor menciona bens jurídicos, interesses e valores), sem referência a pontos de vista materiais que orientem tal sopesamento. Ávila acrescenta ainda que vários estudos estruturam a ponderação com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Entretanto, Humberto Ávila, sustentando que a ponderação deve ser estruturada através de critérios, propugna três etapas para a ponderação, quais sejam: a) preparação da ponderação (devem ser analisados todos os elementos e argumentos da forma mais exaustiva possível); b) realização da ponderação (em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento – no caso de ponderação de princípios, indicar-se-á a relação de primazia entre um e outro; e c) reconstrução da ponderação (formulam-se regras de relação, inclusive de primazia entre os fatores objeto do sopesamento, visando à validade para além do caso). Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, p. 94-96.



aos direitos em estado de tensão. Segundo eles, por um lado, a atividade interpretativa inicia com a reconstrução e qualificação dos interesses contrapostos atribuindo sentido à norma de decisão, e, por outro, a ponderação promove a ordenação entre os fatos e a normativa, conferindo, assim, critérios para obtenção de uma decisão constitucionalmente enquadrada.<sup>203</sup> Dessa feita, para os autores, o método de ponderação de bens, acrescido da aplicação da proporcionalidade, “[...] *confere soluções ajustadoras aos conflitos entre normas de direitos fundamentais revestidas de princípios.*”<sup>204</sup>

Feitas essas considerações acerca da necessidade (e da pertinência, em determinados casos, de recorrer-se ao emprego da ponderação), proceder-se-á, por ora, à breve análise quanto ao último subelemento mencionado da regra da proporcionalidade: a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>205</sup>

O emprego da proporcionalidade em sentido estrito demanda que o sujeito utilize os meios adequados e, ao mesmo tempo, abstenha-se da escolha de meios desproporcionados.<sup>206</sup> Humberto Ávila, por sua vez, propugna que o exame da proporcionalidade em sentido estrito requer que seja efetuada a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, de modo que as vantagens advindas da promoção do fim devem ser proporcionais às desvantagens provocadas pela escolha do meio.<sup>207</sup> Nas palavras de

<sup>203</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**; mar.-ago./2002, p. 38.

<sup>204</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**; mar.-ago./2002, p. 40.

<sup>205</sup> Segundo Alexy, de acordo com a regra da ponderação, quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro. É que, para o autor, deriva da ponderação (referente às relações entre o que é ordenado por um princípio e o que é ordenado por princípios opostos) que o peso dos princípios não é determinável em si mesmo ou absolutamente, só se podendo falar de pesos relativos (Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, p. 161). Diante disso, Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire, ao comentarem o trecho em questão, afirmam que Alexy identifica o princípio da proporcionalidade em sentido estrito com o método da ponderação de bens, uma vez que, nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais, quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro (Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**; mar.-ago./2002, p. 32).

<sup>206</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 411.

<sup>207</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 124.



Ávila, “[...] o meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.”<sup>208</sup>

Na mesma linha de pensamento, Virgílio Afonso da Silva propõe que o exame da proporcionalidade em sentido estrito consiste num:

[...] sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.<sup>209</sup>

Nesse diapasão, é bastante elucidativo, para fins de compreensão do modo de incidência da proporcionalidade em sentido estrito, o exemplo colacionado por Virgílio Afonso da Silva. O professor menciona hipotética medida de encarceramento de portadores do vírus HIV, em que haveria o conflito entre liberdade individual, dignidade da pessoa humana e saúde pública, todos previstos na Constituição Federal de 1988. Segundo Virgílio Afonso da Silva, o encarceramento dos portadores do vírus HIV consiste em medida adequada e necessária (uma vez que o fim é promovido e que, embora seja possível imaginar outras medidas que restrinjam em menor medida a liberdade e dignidade dos cidadãos, nenhuma delas seria tão eficaz quanto o encarceramento). Assim, para ele, apenas o sopesamento proporcionado pela proporcionalidade em sentido estrito tem o condão de evitar que medidas descabidas dessa espécie sejam tidas como proporcionais, pois, no caso em tela, através da ponderação racional, decidir-se-á pela liberdade e dignidade humana, mesmo que, com isso, seja concedido um nível de proteção menor à saúde pública.<sup>210</sup> Logo, Virgílio Afonso da Silva acentua que, para que a medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, “[...] basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.”<sup>211</sup>

Destarte, restam verificados, em apertada síntese, as características gerais da proporcionalidade, que, como demonstrado, agrega três subelementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Há, assim,

<sup>208</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 131.

<sup>209</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 40.

<sup>210</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 40-41.

<sup>211</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 41.

arsenal teórico suficiente para a compreensão dessa regra (ou, conforme o marco teórico adotado, princípio ou postulado) de suma importância na solução de casos de colisão e restrição de direitos fundamentais. A regra da proporcionalidade é essencial, inclusive, para a delimitação do campo de incidência do princípio da proibição de retrocesso socioambiental, conforme se analisará no subcapítulo seguinte.

## 2.4. O princípio da proibição de retrocesso socioambiental

Demonstrou-se anteriormente que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição Federal consiste num direito fundamental de terceira geração (de solidariedade), de titularidade difusa. Partindo dessa premissa, é lícito acrescentar ainda que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado atrela-se à existência de deveres em matéria ambiental. Nessa linha, Canotilho expõe que hoje se verifica o deslocamento do problema do campo dos direitos para o terreno dos deveres fundamentais, pontuando então a necessidade de se “[...] *ultrapassar a euforia do individualismo dos direitos fundamentais e de se radicar uma comunidade de responsabilidade de cidadãos e entes políticos perante os problemas ecológicos e ambientais.*”<sup>212</sup>

Tais deveres em matéria ambiental, por certo, dizem respeito tanto ao Estado quanto à coletividade, como bem assinalam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer:

Ao dispor no caput do seu art. 225 que se impõe ‘ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações’, a tutela constitucional do ambiente passou a vincular juridicamente (para além de uma obrigação moral!) também os particulares – e não somente os entes públicos –, atribuindo aos mesmos não apenas um *direito fundamental* ao meio ambiente (pelo menos no sentido de um direito de exigir que o Estado e terceiros se abstenham de atentar contra o ambiente e atuem no sentido de protegê-lo), mas também *deveres fundamentais* de proteção ao ambiente, o que conduz ao reconhecimento do direito ao ambiente como autêntico *direito-dever*.<sup>213</sup>

<sup>212</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 178.

<sup>213</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 182.

Nesse panorama, sem olvidar os vários deveres ambientais atribuídos aos particulares, o Estado brasileiro também apresenta um papel deveras relevante na implementação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>214</sup> Édis Milaré alude, inclusive, a um “*dever estatal geral de defesa e preservação do meio ambiente*”<sup>215</sup>, o qual se fragmenta nos deveres específicos elencados no art. 225, §1º da Constituição Federal.<sup>216</sup>

Além disso, como constatado no subcapítulo 2.2. (“A sustentabilidade e o princípio da precaução”), tem-se atribuído ao Estado o dever de desenvolvimento sustentável, mediante a conciliação entre os setores econômico, social e ambiental. Partindo dessa premissa (mas não exclusivamente<sup>217</sup>), Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer aludem à proibição de retrocesso socioambiental, ligando-a ao dever estatal de progressividade e explanando que:

<sup>214</sup> Como expõe Antonio Herman Benjamin, a Constituição Federal prevê deveres em matéria ambiental tanto para o Estado quanto para os particulares. Existem, segundo o autor, obrigações negativas (como quando se exige a não degradação do ambiente) quanto obrigações positivas (referentes, por exemplo, à mitigação e reparação do dano ambiental provocado). Cf. BENJAMIN, Antonio Hermann. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113-114.

<sup>215</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 309.

<sup>216</sup> O art. 225, §1º da Constituição prevê que: “§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento).”

<sup>217</sup> Segundo Sarlet e Fensterseifer, a proibição de retrocesso socioambiental, tal como a proibição de retrocesso social, relaciona-se ao princípio da segurança jurídica, sem prejuízo da existência de outros fundamentos (princípio do Estado Democrático e Social de Direito, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais etc). Ver: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 197. Assim, remete-se o leitor ao capítulo 1 desta monografia, em que se tratou, de modo mais amplo, do princípio da proibição de retrocesso social.

Assim, a garantia da *proibição de retrocesso socioambiental* seria concebida no sentido de que a tutela normativa ambiental – tanto sob a perspectiva constitucional quanto infraconstitucional – deve operar de modo progressivo no âmbito das relações socioambientais, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade da pessoa humana, não admitindo o retrocesso, em termos normativos, a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje.<sup>218</sup> (grifo inexistente no original)

Da mesma forma, outros doutrinadores têm aludido a um princípio da proibição de retrocesso socioambiental, sem prejuízo da adoção de outras nomenclaturas. Carlos Alberto Molinaro, por exemplo, refere-se ao princípio de proibição da retrogradação socioambiental<sup>219</sup>, definindo-o como uma proposição empírica que, com base em uma eleição valiosa de nossa existência e numa ótica intergeracional, não permite ou impede que se retroceda a condições ambientais prévias às desfrutadas no presente.<sup>220</sup> De todo modo, no presente estudo, seguindo a solução de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, adotar-se-á, de modo predominante, a nomenclatura “*princípio da proibição de retrocesso socioambiental*”<sup>221</sup>, sem prejuízo da utilização, por vezes, quando da citação de outros autores, da nomenclatura por eles originalmente empregada, bem como da utilização de alguns sinônimos para referir-se ao princípio em comento.

Feita tal advertência, convém mencionar o entendimento de importantes doutrinadores acerca do princípio da proibição de retrocesso no campo do direito ambiental, no intuito de se extraírem seus contornos básicos.

José Joaquim Gomes Canotilho, por exemplo, explana que a liberdade de conformação política do legislador sofre restrições no tocante à reversibilidade

<sup>218</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional:** Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 205.

<sup>219</sup> Molinaro opta pela nomenclatura “*princípio da proibição de retrogradação ambiental*”, sob o argumento de que retrogradar expressaria melhor a ideia de ir para trás, no tempo e no espaço. MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental:** proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67-68.

<sup>220</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental:** proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 80.

<sup>221</sup> Como aduzem Sarlet e Fensterseifer em nota de rodapé, a expressão proibição de retrocesso social encontra-se consagrada na doutrina, apontando ainda para a perspectiva mais ampla da conexão entre os direitos sociais e a tutela ambiental no contexto da socioambientalidade. Assim, Sarlet e Fensterseifer optam por adaptar a expressão à sua feição ecológica, evitando-se, dessa forma, a multiplicação de expressões referentes ao mesmo fenômeno jurídico. Ver: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional:** Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 205.

político-jurídica da proteção ambiental, sendo vedada a adoção de novas políticas retrocessivas em relação a posições jurídico-ambientais fortemente enraizadas na cultura dos povos e na consciência jurídica geral.<sup>222</sup>

Já em outro momento de sua obra, Canotilho refere-se ao princípio da proibição de retrocesso ecológico como um princípio que estabelece limites à adoção de legislação de revisão ou revogatória. Tal princípio, segundo ele, significa que, a não ser que as circunstâncias de fato se modifiquem de forma considerável, não é admissível o recuo para níveis de proteção inferiores aos consagrados anteriormente.<sup>223</sup> As circunstâncias de fato referidas, conforme Canotilho, seriam, por exemplo, o afastamento do perigo de extinção antropogênica (recuperação ecológica do bem cuja proteção era regulada pela lei vigente) ou a confirmação científica de que a lei vigente não era a mais adequada à proteção do bem natural.<sup>224</sup>

Orci Paulino Bretanha Teixeira, por sua vez, alude ao princípio da proibição de retrocesso ecológico. Segundo Teixeira, tal princípio encontra base constitucional e almeja inviabilizar qualquer medida regressiva em favor do ambiente, impondo limites à ação do Poder Público e autorizando inclusive a intervenção do Judiciário para impedir o retrocesso.<sup>225</sup> Assim, de acordo com o autor, o direito ao ambiente “[...] só é modificável *in mellius* e não *in pejus*, uma vez que é expressão da sadia qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana.”<sup>226</sup>

Existe ainda importante precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que, tratando de matéria urbanístico-ambiental, consagrou a aplicação do

<sup>222</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. rev. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 5.

<sup>223</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. rev. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 37.

<sup>224</sup> Ademais, o autor português alude à possibilidade de hipóteses de suspensão da legislação em vigor, caso se constate situação de calamidade pública, estado de sítio ou estado de emergência grave. Nessas circunstâncias, Canotilho afirma que o retrocesso ecológico será necessariamente transitório, correspondendo ao período durante o qual se verifica o estado de exceção. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. rev. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 38.

<sup>225</sup> TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**, p. 124 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 207.

<sup>226</sup> TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**, p. 124 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 207.

princípio da proibição de retrocesso. Transcreve-se, a seguir, trecho da ementa do referido julgado:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNI FAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. [...]

1. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais. [...] 10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do ius variandi de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos.

11. O exercício do ius variandi, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes. [...]

19. Recurso Especial não provido.

(REsp 302906/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2010, DJe 01/12/2010)<sup>227</sup> (grifo inexistente no original)

Nesse panorama, é forçoso salientar que diversos doutrinadores pontuam o caráter relativo do princípio da proibição de retrocesso social (ou, como se opta neste trabalho, princípio da proibição de retrocesso socioambiental, haja vista a integração entre os direitos fundamentais).

Felipe Derbli, por exemplo, assevera a relatividade do princípio da proibição de retrocesso ao afirmar que:

<sup>227</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 302906/SP. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 26 de agosto de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200100140947&dt\\_publicacao=01/12/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200100140947&dt_publicacao=01/12/2010)>. Acesso em: 24/11/2012.



[...] o princípio da proibição de retrocesso social – como, de resto, os demais princípios constitucionais – não é absoluto, estando sempre sujeito a um juízo de ponderação. Em outras palavras, é perfeitamente admissível que, num determinado caso concreto, outros princípios igualmente aplicáveis venham a prevalecer sobre o princípio da proibição de retrocesso social.<sup>228</sup>

Tal tese encontra amparo, inclusive, em razões de ordem prática, já que, como elucida Jorge Pereira da Silva, a atribuição de caráter absoluto ao princípio em comento poderia gerar um efeito paradoxal: o legislador dificilmente elevaria o nível das prestações sociais devido ao receio de que o Estado, em épocas de crise econômica, não possa honrar tais compromissos.<sup>229</sup>

É também relevante o argumento trazido pelos já citados Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer. Os autores, reconhecendo a dificuldade no campo da aplicação do princípio da proibição de retrocesso socioambiental<sup>230</sup>, salientam que a proibição de retrocesso não pode engessar a ação do legislador de modo a impedir ajustes e mesmo restrições. Do contrário, de acordo com os juristas, a proibição de retrocesso poderia atribuir aos direitos socioambientais inclusive proteção mais reforçada do que aquela atribuída aos direitos civis e políticos, em que, a princípio, parte-se da premissa da inexistência de direitos absolutamente imunes a qualquer tipo de restrição, a fim de que se salvaguardem outros direitos fundamentais e bens de ordem constitucional.<sup>231</sup>

No mesmo sentido, Carlos Alberto Molinaro aduz que os princípios apresentam limites e demarcam-se em sua extensão e proveito.<sup>232</sup> De acordo com

<sup>228</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 280.

<sup>229</sup> PEREIRA DA SILVA, Jorge. **Dever de legislar e proteção constitucional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão, p. 281 *apud* DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 281.

<sup>230</sup> Como elucidam os autores, é na aplicação (ou seja, na escolha dos critérios para a aferição da legitimidade de medidas restritivas da proteção e da efetividade dos direitos socioambientais) que se verificam as maiores dificuldades, em razão do baixo número de julgados. Segundo Sarlet e Fensterseifer, a dificuldade consiste em aferir até que ponto é possível controlar juridicamente e impedir medidas estatais que impliquem retrocesso no campo dos direitos socioambientais. Ver: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 208.

<sup>231</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 208-209.

<sup>232</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 81.



Molinaro, especificamente no que toca à vedação de retrocesso em matéria socioambiental:

[...] mesmo em situações ambientais não degradadas, o estado atual pode ser objeto de retrogresso, quando as condições de existência o exigem, v. g., técnicas de cultivo contaminadoras, exclusivas em determinadas situações, para atender imediatamente bens mais relevantes, ou a reversão parcial de reservas naturais para atividades culturais preciosas. Esses motivos, que afastam a incidência do princípio da proibição da retrogradação socioambiental, devem ser objeto de cuidadoso tratamento definitório da sua eleição. Avultam aí, outros princípios que devem ser sopesados: o princípio da dignidade humana, da segurança jurídica, o da supremacia da Constituição em matéria ambiental e o da proporcionalidade que lhe é interior<sup>233</sup>.

Portanto, é possível que, em determinadas hipóteses, seja admitido o retrocesso mesmo em áreas que não tenham sido degradadas, a fim de que seja tutelado, de forma imediata, um bem jurídico mais relevante. Todavia, na esteira do entendimento de Molinaro, tais situações merecem tratamento cuidadoso, devendo ser considerados, quando da aplicação do princípio da proibição de retrocesso socioambiental, a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade, entre outros fatores.

Ademais, cabe destacar também os argumentos de Jorge Miranda, para quem as normas legais concretizadoras não devem ser revestidas da força jurídica própria das normas constitucionais. Segundo o mestre português, o que se pretende com a proibição de retrocesso é, na vigência de certas normas constitucionais, impedir a ab-rogação pura e simples de normas legais que com elas formam uma unidade sistêmica.<sup>234</sup> Ainda, como propugna o autor, à medida que os direitos econômicos, sociais e culturais se sujeitam à reserva do possível, as respectivas normas concretizadoras estariam sujeitas a uma reserva geral imanente de interpretação, oscilando conforme o grau favorável ou não das condições econômicas, mas mantido sempre um conteúdo mínimo de direitos ou de um mínimo material de subsistência, em decorrência da dignidade da pessoa humana.<sup>235</sup>

<sup>233</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 81-82.

<sup>234</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 4. ed. rev. e atual., tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 442.

<sup>235</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 4. ed. rev. e atual., tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 442-443.

De toda forma, é lícito afirmar que, ainda que o espaço de prognose e de decisão no âmbito dos órgãos legislativos seja variável (em especial na seara dos direitos sociais e das políticas públicas para sua realização), não se pode permitir que em razão da liberdade de conformação do legislador<sup>236</sup> o valor jurídico e a fundamentalidade dos direitos sejam esvaziados.<sup>237</sup>

Assim, uma vez sedimentado o caráter relativo do princípio da proibição de retrocesso socioambiental, cumpre trazer à tona, em apertada síntese, algumas das constatações já obtidas no decorrer da presente monografia. Primeiramente, demonstrou-se que a proteção conferida pelo princípio da proibição de retrocesso não se resume apenas ao campo dos direitos fundamentais sociais, encontrando na seara do Direito Ambiental, por exemplo, importante manifestação. Além disso, explanou-se que a incidência do princípio não necessariamente se limita às matérias concernentes ao mínimo existencial<sup>238</sup>, sendo possível sustentar a aplicação do princípio da proibição de retrocesso inclusive para além da esfera desse mínimo.

<sup>236</sup> São pertinentes, acerca da relação entre a proibição de retrocesso e a liberdade de conformação do legislador, as colocações de Felipe Derbli, para quem a proibição de retrocesso não poderá engessar o legislador democraticamente eleito no exercício de seu papel constitucional de optar, entre várias alternativas, pela mais adequada ao desenvolvimento da sociedade, uma vez que a própria Constituição Federal consagra, entre os princípios fundamentais, o pluralismo político. Entretanto, como pontua o autor, embora a Constituição Federal preserve considerável margem de decisão para o legislador (dotado de suficiente liberdade de conformação e poder de revisibilidade das decisões), o princípio da proibição de retrocesso exige que o fundamento para tal revisão, conforme as circunstâncias fáticas em que se realiza, seja idôneo a prevalecer sobre um grau de concretização legislativa que já tenha atingido consenso básico. Tal posicionamento se justifica, segundo ele, à medida que da mesma forma que a Constituição Dirigente estabelece relativo grau de vinculação ao legislador para editar as leis, também o faz quando da revisão das leis já editadas. Cf. DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 287-291).

<sup>237</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 200. Ainda, de acordo com Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, os poderes do Estado estão vinculados a garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais, protegendo-os contra qualquer violação ou retrocesso. Na ótica dos autores, negar reconhecimento a tal princípio implica admitir que os órgãos legislativos (bem como o Poder Público em geral), apesar de vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, tenham o poder de tomar livremente suas decisões, ainda que em evidente desrespeito à vontade expressa do constituinte. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 201.

<sup>238</sup> É importante destacar, entretanto, que, em certa medida, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer ligam a proibição de retrocesso às noções de dignidade da pessoa humana e de garantia das condições materiais mínimas a uma vida digna, categorias essas que, segundo eles, relacionam-se com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, embora com ele não se confundam. De acordo com os autores, a concepção de mínimo existencial abrange o conjunto de prestações materiais aptas a assegurar a todo indivíduo uma vida digna (enquanto vida saudável), correspondente a padrões qualitativos mínimos. Assim, a dignidade da pessoa humana atua como diretriz jurídico-material não apenas para a definição do núcleo essencial (ainda que nem sempre em todos os casos e da mesma forma), mas também para a definição do que seria o mínimo existencial (que não se resume à

Contudo, apesar de relevantes, tais considerações, diante da afirmação de que o princípio da proibição de retrocesso socioambiental apresenta caráter relativo, mostram-se insuficientes para afastar a nebulosidade quanto à resposta a uma indagação já lançada anteriormente nesta monografia<sup>239</sup>, atinente aos limites da aplicação do princípio da proibição de retrocesso socioambiental.

Felipe Derbli, conforme subitem 1.3. desta monografia, sustenta que se determinada norma constitucional definidora de direito fundamental social atinge dado nível de densidade normativa por ação do legislador, poderá tal concretização passar a integrar o próprio conteúdo da norma constitucional, desde que seja objeto de consenso profundo, idôneo que permita a radicação na consciência geral. Ademais, Derbli afirma que a obra do legislador pode ampliar, desenvolver ou especificar o núcleo essencial da norma constitucional definidora de direito social<sup>240</sup> de modo que essa concretização não poderá ser alterada ou suprimida de forma irrazoável ou desproporcional.<sup>241</sup>

Por sua vez, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer reconhecem, a princípio, que a proibição de retrocesso socioambiental não tem o condão de impedir toda forma de restrição aos direitos socioambientais. Na sequência, ilustram que sobre toda medida que venha a acarretar a diminuição nos níveis de efetividade dos direitos socioambientais recai uma suspeição de ilegitimidade jurídica, de onde se origina o dever de severo controle de constitucionalidade.<sup>242</sup> Assim, os autores vinculam a proibição de retrocesso não apenas aos critérios da razoabilidade, da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e da segurança jurídica, mas também à noção de que toda medida restritiva deve

---

garantia da mera sobrevivência física). Dessa feita, Sarlet e Fensterseifer, à luz da noção de mínimo existencial também na ótica socioambiental, aduzem que aquém da concretização dos patamares mínimos de tutela ambiental estar-se-á operando uma violação à proibição de retrocesso. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 210-211.

<sup>239</sup> Ver subcapítulo 1.3 - “O princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro”.

<sup>240</sup> Como já sedimentado nesta monografia, o princípio da proibição de retrocesso, em que pese o entendimento de Felipe Derbli, não se reduz apenas ao campo dos direitos fundamentais sociais.

<sup>241</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 246.

<sup>242</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 209.

preservar o núcleo ou conteúdo essencial do direito fundamental afetado.<sup>243</sup> Segundo os autores:

O legislador (assim como o poder público em geral) não pode, portanto, uma vez concretizado determinado direito social ou ecológico no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito socioambiental constitucionalmente assegurado.<sup>244</sup>

Nessa esteira, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco aduzem que a proteção do núcleo essencial encontra-se expressamente prevista na Constituição portuguesa de 1976 (art. 18º, III) e na Lei Fundamental alemão de 1949, surgindo, no ordenamento alemão, como uma resposta ao anseio pela imposição de limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais.<sup>245</sup> Os autores atentam ainda para a existência de adeptos da chamada teoria absoluta e de adeptos da teoria relativa (ambas dotadas de fragilidades<sup>246</sup>), recorrendo então à alternativa proposta por Konrad Hesse, remetente à proporcionalidade e explanada nos seguintes termos:

Por essa razão, propõe Hesse uma fórmula conciliadora, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. É que, observa Hesse, a

<sup>243</sup> Nas palavras dos autores, “[...] reduzir a proibição de retrocesso a um mero controle da razoabilidade e proporcionalidade, assim como de uma adequada justificação das medidas restritivas, poderá não ser o suficiente, ainda mais se ao controle da proporcionalidade não for agregada a noção de que qualquer medida restritiva deverá preservar o núcleo (ou conteúdo essencial) do direito fundamental afetado [...]”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 209-210.

<sup>244</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 210.

<sup>245</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 241-242.

<sup>246</sup> Conforme se infere da obra de Gilmar Mendes e Paulo Branco, os filiados à teoria absoluta sustentam que o núcleo essencial dos direitos fundamentais consiste numa unidade substancial autônoma que, não importando a situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Haveria, pois, um espaço suscetível e um espaço insuscetível de limitação pelo legislador. Já os adeptos da teoria relativa advogam que o núcleo essencial deve ser definido caso a caso, mediante um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade, tendo em vista o objetivo buscado pela norma de cunho restritivo. Nesse panorama, Gilmar Mendes e Paulo Branco demonstram que a teoria absoluta depara-se com a dificuldade (ou mesmo impossibilidade) de demonstrar-se, em abstrato, qual seria o núcleo essencial, ao passo em que a teoria relativa, devido à flexibilidade exagerada dos direitos fundamentais, poderia descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional. Cf. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 243-244.

proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida.<sup>247</sup>

Tal entendimento aproxima-se, em alguma escala, daquele propugnado por Virgílio Afonso da Silva, que entende como correta a tese de que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é relativo (variando conforme a situação e os direitos envolvidos em cada caso), relacionando-o, então, à regra da proporcionalidade.<sup>248</sup> Comentando essa vertente de pensamento, que reputa ser a mais apropriada, Virgílio Afonso da Silva assinala que:

Segundo essa versão, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é do que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos – conteúdo essencial e proporcionalidade – guardam íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos.<sup>249</sup>

Ainda, tratando do direito brasileiro, Gilmar Mendes e Paulo Branco referem-se ao núcleo essencial dos direitos fundamentais como um limite do limite para o legislador ordinário. Esse limite do limite, apesar da ausência de previsão expressa no ordenamento jurídico, decorreria do modelo garantístico empregado pelo constituinte.<sup>250</sup> É que, de acordo com os autores, a violação do núcleo essencial do direito fundamental significa a violação do próprio direito fundamental.<sup>251</sup>

Dessa feita, nota-se que o princípio da proibição de retrocesso socioambiental tem por escopo inviabilizar que, no nível legislativo, retroceda-se a patamares de concretização inferiores àqueles verificadas atualmente em se tratando de matéria socioambiental. Ainda, o próprio princípio da proibição de retrocesso socioambiental apresenta um núcleo essencial próprio, como bem ilustra Adriana Schier:

<sup>247</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 244.

<sup>248</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 4, out./dez. 2006, p. 42.

<sup>249</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 4, out./dez. 2006, p. 42-43.

<sup>250</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 245.

<sup>251</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 248.

[...] o núcleo essencial do princípio em questão [da proibição de retrocesso socioambiental] reside na proibição dirigida ao legislador ordinário de revogar normas cujos conteúdos tenham condensado direitos fundamentais. Ademais, para incidir tal proteção, é necessário que tais conteúdos gozem de uma aceitação geral e, ainda, devem estar referidos, por sua vez, ao núcleo essencial dos direitos regulamentados.<sup>252</sup>

Ademais, conforme vasto posicionamento doutrinário, verificou-se que o princípio da proibição de retrocesso socioambiental apresenta caráter relativo, de forma que nem toda restrição a determinada norma regulamentadora de direito fundamental será, necessariamente, inconstitucional. Pelo contrário, recairá sobre tal restrição uma suspeita de inconstitucionalidade, a qual deverá ser enfrentada à luz da análise de critérios como a preservação do conteúdo essencial do direito fundamental afetado e, tendo em vista as situações em que há colisões entre direitos fundamentais diversos, da regra da proporcionalidade.

Após esses apontamentos, a presente monografia avançará, no capítulo seguinte, à análise de caso, ocasião em que se efetuará o diálogo entre o princípio da proibição de retrocesso socioambiental e determinados dispositivos legais do novo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012, complementada pela Lei Federal nº 12.727/2012).

---

<sup>252</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social.** 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 163.

## CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DE CASO: REFLEXÕES SOBRE O NOVO CÓDIGO FLORESTAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL

### 3.1. Breves considerações

De acordo com Edson Luiz Peters e Paulo de Tarso de Lara Pires, as florestas brasileiras sempre foram alvo de especial atenção do legislador, uma vez que, além de gerar divisas para o país em razão da indústria da madeira, são essenciais para a proteção dos solos, a manutenção do clima e do regime hídrico, entre outros inúmeros benefícios.<sup>253</sup>

O ser humano, por mais criativo e inteligente que seja, não pode viver sem as outras espécies vegetais e animais, visto que a fauna depende da flora e que sem florestas não haverá água nem fertilidade do solo.<sup>254</sup> A partir dessa constatação, Paulo Afonso Machado acentua que a destruição ou perecimento das florestas pode configurar até mesmo um atentado à função social da propriedade, em razão de uso nocivo.<sup>255</sup>

Com efeito, hodiernamente é pacífico que, como bens ambientais que são, as florestas (assim como outras formas de vegetação nativa) não se sujeitam ao tradicional – e já superado – regime jurídico desenhado pela relação jurídica de propriedade.<sup>256</sup> Pelo contrário, o que se tem verificado é a funcionalização da propriedade, à medida que, partindo da lógica de que o indivíduo não vive sem a sociedade e a sociedade não se constitui sem o indivíduo<sup>257</sup>, a Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, XXIII, que “*a propriedade atenderá a sua função social*” e, de modo mais específico, no art. 186, que a função social da propriedade rural é

---

<sup>253</sup> PETERS, Edson Luiz; PIRES, Paulo de Tarso de Lara. **Manual de direito ambiental**. 2. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2004, p. 82.

<sup>254</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 863.

<sup>255</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 863.

<sup>256</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco Fiorillo. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 266.

<sup>257</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 871.



atendida quando, entre outros requisitos, ocorrer a “*utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente*”.

Na mesma linha caminha o pensamento de Luiz Edson Fachin, para quem, no atual ordenamento jurídico, o exercício da propriedade imobiliária está condicionado às finalidades econômicas e sociais, com preservação da flora, da fauna, do ar, das águas e do patrimônio histórico e artístico.<sup>258</sup> Bem ilustrando esse contexto, eis o escólio de Daniel Wunder Hachem:

Nessa conjuntura, exsurge a necessidade de limitação dos direitos e liberdades fundamentais de caráter individual, eis que o seu exercício exacerbado acaba por prejudicar o respeito aos interesses da coletividade. O Estado passa a impor restrições a esses direitos, como nos casos da propriedade, que é condicionada ao cumprimento de uma função social, da autonomia privada, que é relativizada por princípios como a boa-fé e a função social dos contratos, da liberdade econômica, que é restringida em nome da proteção do meio ambiente, entre tantos outros.<sup>259</sup>

Em face desse cenário, no qual o direito de propriedade está intrinsecamente relacionado a uma função social (e, por conseguinte, à tutela do meio ambiente), não apenas a Constituição Federal (art. 225, §4º e art. 225, §1º, III), mas também a legislação infraconstitucional prevê normas destinadas à proteção jurídica da flora nacional. No âmbito da legislação infraconstitucional, Édis Milaré destaca o então vigente Código Florestal (Lei 4.771/65), inteiramente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que se constituía em norma geral que disciplina a preservação e utilização das florestas e demais formas de vegetação.<sup>260</sup>

Traçado tal panorama, relembra-se que, muito recentemente, entrou em vigor o “*novo Código Florestal Brasileiro*”<sup>261</sup> (Lei Federal nº 12.651/2012, complementada pela Lei Federal nº 12.727/2012). Tal diploma legislativo revogou o Código Florestal vigente desde 1965 (Lei Federal nº 4.771/1965), não obstante já tivesse sofrido algumas alterações legislativas.

<sup>258</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 82.

<sup>259</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 372.

<sup>260</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 198.

<sup>261</sup> Segundo Leonardo Papp, assim passou a ser designada a Lei Federal nº 12.651/12, complementada pela Medida Provisória nº 517/12, sendo-lhe atribuída a nomenclatura que foi consagrada pela agora revogada Lei Federal nº 4.771/65. Cf. PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 3. Posteriormente, a Medida Provisória nº 517/12 foi convertida em lei (Lei nº 12.727/2012).

Como é notório, mesmo enquanto o projeto de Novo Código Florestal tramitava no Legislativo, já se verificavam intensas polêmicas, em especial devido ao embate de interesses entre ruralistas e ambientalistas.<sup>262</sup> Tal polêmica justifica-se à medida que a nova legislação, por tratar da proteção da vegetação nativa existente no país, envolve aspectos referentes ao uso e ocupação do solo e ao desenvolvimento de atividades econômicas (especialmente no setor agropecuário).<sup>263</sup>

Em meio a acirradas discussões, durante o trâmite legislativo que culminou na aprovação do novo Código Florestal emergiram na sociedade civil várias manifestações (de organizações não governamentais, de jornalistas ou de pessoas que atuam na área ambiental, entre outros). Diversas dessas manifestações iam no sentido de que o então Projeto de Lei nº 1.876/1999 (que, posteriormente, com algumas alterações, deu origem ao novo Código Florestal), se aprovado, caracterizaria flagrante retrocesso em termos de proteção do meio ambiente.<sup>264</sup>

Nesse contexto, também no âmbito jurídico a discussão acerca da incidência ou não de retrocesso, no que toca ao novo Código Florestal, mostra-se assunto da mais elevada relevância, haja vista a necessidade de proteger-se adequadamente o patrimônio florestal brasileiro (para as presentes e futuras gerações, conforme art. 225 da Constituição Federal) e, concomitantemente, observar os ditames do desenvolvimento sustentável de modo a conciliar os aspectos econômicos, sociais e ambientais envolvidos. É que, como propõe Leonardo Papp:

É dizer, não parece despropositado afirmar que não apenas a criação, mas também as fases de interpretação e aplicação da assim chamada legislação ambiental (ou seja, dos dispositivos legais que tratam da relação ser humano/meio ambiente) devem ter como foco a promoção do desenvolvimento sustentável, o que pressupõe não apenas a importantíssima tarefa de tutelar os recursos naturais indispensáveis ao

<sup>262</sup> Cf. FELLET, João; CABRAL, Paulo. Veto parcial a Código Florestal divide ruralistas e ambientalistas. **BBC Brasil**, Brasília, 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120525\\_debate\\_codigo\\_jf.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120525_debate_codigo_jf.shtml)>. Acesso em: 16/11/2012.

<sup>263</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 3.

<sup>264</sup> Cf. EXMAN, Fernando; PERES, Bruno; MARTINS, Daniela. Decisão sobre Código Florestal é 'retrocesso', diz ministra. **G1**, 30 de agosto de 2012. Disponível: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2012/08/decisao-sobre-codigo-florestal-e-retrocesso-diz-ministra.html>>. Acesso em: 16/11/2012; RIGHETTI, Sabine. Para ONGs, Código Florestal é principal retrocesso desde a Rio-92. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/1105825-para-ongs-codigo-florestal-e-principal-retrocesso-desde-a-rio-92.shtml>>. Acesso em: 16/11/2012.

equilíbrio ecológico, mas também assegurar as condições necessárias para que se possa desenvolver atividades produtivas economicamente viáveis e socialmente justas.<sup>265</sup>

O entendimento exposto por Leonardo Papp aproxima-se, em alguma medida, daquele preconizado pelo socioambientalismo. Como elucida Juliana Santilli, o socioambientalismo brasileiro nasceu na segunda metade dos anos 80, em decorrência de articulações políticas entre movimentos sociais e o movimento ambientalista.<sup>266</sup> De acordo com a autora, o socioambientalismo emerge baseado no pressuposto de que as políticas ambientais só teriam eficácia social e sustentabilidade política se incluíssem as comunidades locais e promovessem uma repartição socialmente justa e equitativa dos benefícios advindos da exploração de recursos naturais.<sup>267</sup>

De toda forma, dado o caráter recente da discussão, ainda não se constata numerosos trabalhos que direcionem o estudo do princípio da proibição de retrocesso socioambiental ao novo Código Florestal. Entretanto, autorizados estudos já versaram sobre temática durante o trâmite legislativo do Projeto de Lei nº 1.876/1999, do qual resultou posteriormente, com algumas modificações, a Lei Federal nº 12.651/2012.

Nesse sentido, Procuradores da República, em estudo publicado junto à Revista de Direito Ambiental, concluíram que o Projeto de Lei nº 1.876/1999 veiculava uma série de “[...] violações à Constituição da República, omissões, deficiências de técnica legislativa e representa grave retrocesso na Política Nacional de Meio Ambiente, não trazendo aperfeiçoamentos relevantes.”<sup>268</sup> Por sua vez, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer aduzem que das alterações trazidas pelo Projeto de Lei em questão “[...] resulta evidente um retrocesso injustificável – inclusive do ponto de vista jurídico constitucional”.<sup>269</sup>

<sup>265</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 3.

<sup>266</sup> SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Petrópolis, 2005, p. 31.

<sup>267</sup> SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Petrópolis, 2005, p. 35.

<sup>268</sup> MANZANO, Álvaro Lotufo *et al.* O novo Código Florestal e a atuação do Ministério Público Federal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, out.-dez. 2011, p. 362.

<sup>269</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 222-223.

De toda forma, como pertinente advertência metodológica para a análise que segue, cabe salientar, na linha do que já se expôs nesta monografia, que a noção de retrocesso, enquanto princípio jurídico, apresenta contornos bastante definidos pela doutrina e jurisprudência pátrias, não obstante persistam as dificuldades quanto à sua aplicação prática. Com efeito, o princípio da proibição de retrocesso socioambiental tem como um de seus desdobramentos básicos impedir que, no plano normativo, o legislador infraconstitucional retroceda a condições inferiores às aquelas verificadas atualmente em se tratando de matéria socioambiental. Entretanto, como pontuado, o princípio da proibição de retrocesso socioambiental apresenta caráter relativo, devendo ser sopesado com outros princípios, tais como a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana e, em especial, a proporcionalidade, tendo em vista os complexos casos de colisões entre direitos fundamentais.<sup>270</sup>

Diante disso, a relação entre o novo Código Florestal e o princípio da proibição de retrocesso socioambiental apresenta-se igualmente complexa, já que a Lei nº 12.651/12 insere-se num panorama de grande complexidade fática e jurídica, envolvendo a concretização – e a correlata restrição - de direitos fundamentais que muitas vezes colidem entre si.<sup>271</sup>

Partindo dessa premissa, tecer-se-ão comentários acerca de questões pontuais no novo diploma legislativo em comento, promovendo o diálogo com o princípio da proibição de retrocesso socioambiental. Tal abordagem não tem o intuito de esgotar a controvérsia referente aos vários dispositivos do novo Código Florestal, já que isso demandaria, certamente, um trabalho inteiramente voltado ao tema. Pelo contrário, intenta-se apenas trazer elementos aptos a enriquecer um debate com o qual se depararão os juristas. Tal debate, por sinal, diz respeito à constitucionalidade ou não do novo Código Florestal (ou melhor, de seus dispositivos analisados caso a caso) à luz do princípio da proibição de retrocesso socioambiental.

---

<sup>270</sup> As constatações tecidas neste parágrafo derivam dos apontamentos obtidos ao longo desta monografia. Em razão disso, remete-se o leitor aos capítulos anteriores, em especial o subcapítulo 2.4 - “O princípio da proibição de retrocesso socioambiental”.

<sup>271</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 3.

### 3.2. O princípio da proibição de retrocesso socioambiental e o novo Código Florestal: análise do art. 15, art. 3º, parágrafo único, art. 4º, §5º e art. 67 da Lei Federal nº 12.651/2012

Conforme adiantado no subcapítulo anterior, mesmo durante seu trâmite legislativo o novo Código Florestal já era alvo de intensas críticas no sentido de que consubstanciaria um retrocesso em matéria de proteção ambiental. No âmbito jurídico, a discussão também foi instaurada, já que o princípio da proibição de retrocesso assume grande relevância na discussão acerca da constitucionalidade ou não das inovações legislativas veiculadas pela Lei Federal nº 12.651/12, complementada pela Lei Federal nº 12.727/2012.

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, por exemplo, ao analisarem as propostas constantes no Projeto de Lei nº 1.876/99<sup>272</sup> sob a ótica do princípio da proibição de retrocesso socioambiental, salientaram que as flexibilizações legislativas propostas seriam inconstitucionais, comprometendo a proteção até então dispensada aos direitos fundamentais e a tutela de uma vida digna e saudável, com qualidade e segurança ambiental.<sup>273</sup>

Diante desse panorama, é oportuno proceder à análise de algumas das controversas inovações legislativas trazidas pela Lei Federal nº 12.651/2012 à luz do princípio da proibição de retrocesso socioambiental, promovendo-se a interlocução com as considerações teóricas obtidas no decorrer deste trabalho acadêmico.

Sem prejuízo da existência, no novo Código Florestal, de outras disposições que também demandam debates no meio jurídico e social, optou-se, nesta monografia, por tratar de dois dispositivos bastante polêmicos: o art. 15 (em que, diferentemente do Código Florestal de 1965, torna-se regra geral o cômputo das Áreas de Preservação Permanente para fins de composição da Reserva Legal<sup>274</sup>) e o

<sup>272</sup> Após sofrer algumas alterações, o Projeto de Lei em questão originou, posteriormente, o novo Código Florestal.

<sup>273</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional:** Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 223.

<sup>274</sup> Desde logo, transcrevem-se as definições legais constantes no novo Código Florestal acerca da Reserva Legal e da Área de Preservação Permanente (APP), conforme art. 3º II e III:

*“Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...]*

*II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a*

art. 3º, parágrafo único (no qual o legislador optou por conferir tratamento diferenciado às posses e propriedades rurais com área de até quatro módulos fiscais, equiparando-as, para os fins legais, à figura da pequena propriedade ou posse rural familiar).

Em relação ao art. 3º, parágrafo único, esclarece-se que, além de seus contornos gerais, abordar-se-ão duas de suas derivações legais, referentes ao art. 4º, §5º (que trata da agricultura de vazante) e ao art. 67 da Lei Federal nº 12.651/2012 (o qual prevê o regime da Reserva Legal em imóveis rurais com até quatro módulos fiscais com área rural consolidada<sup>275</sup>, polêmica categoria que inexistia no antigo Código Florestal).

Realizada essa breve explanação, passa-se à abordagem do primeiro dispositivo legal mencionado (art. 15 da Lei Federal nº 12.651/12), o qual autoriza, como regra geral, para fins de cumprimento dos percentuais exigidos no art. 12 da mesma Lei (referentes à área de Reserva Legal), o cômputo das Áreas de Preservação Permanente (APP's) existentes no imóvel. Segundo o mencionado dispositivo legal, *“será admitido o cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel [...]”*, observadas as condições previstas nos seus incisos.

A polêmica quanto ao art. 15 da Lei Federal nº 12.651/12 justifica-se à medida que o novo Código Florestal inverteu a lógica prevalecente no Código Florestal revogado, em que a regra geral era a exclusão das Áreas de Preservação Permanente quando da delimitação da Reserva Legal<sup>276</sup>, conforme art. 1º, §2º, inciso III da Lei Federal nº 4.771/65.<sup>277</sup> De acordo com Papp, sob a égide do Código

---

*biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;*

*III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa”.*

<sup>275</sup> No art. 3º, IV do Código Florestal ora vigente, a área rural consolidada é definida como a *“área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio”.*

<sup>276</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 159.

<sup>277</sup> *“§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por: [...] III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à*



Florestal revogado, via de regra a cobertura florestal ou outras formas de vegetação mantidas a título de reserva legal não poderiam situar-se em locais considerados de preservação permanente, embora a totalidade da área do imóvel (considerando as Áreas de Preservação Permanente) constituísse a base de cálculo dos percentuais referentes à Reserva Legal.<sup>278</sup>

Ainda durante a vigência do antigo Código Florestal, os doutrinadores sustentavam que a proteção da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente se devia a razões distintas. Para Édis Milaré, a proteção às Áreas de Preservação Permanente decorre da importância ecológica das florestas de demais formas vegetação localizada em determinadas áreas (ao longo de cursos d'água, encostas, restingas, ao redor de lagos etc.).<sup>279</sup> No mesmo sentido, Paulo Affonso Leme Machado destacava que a vegetação (nativa ou não) e a própria área, em se tratando de Áreas de Preservação Permanentes, são objeto de preservação não por si mesmas, mas pelas funções protetoras das águas, do solo, da biodiversidade, da paisagem e do bem-estar humano.<sup>280</sup>

Por sua vez, a Reserva Legal, segundo Edson Luiz Peters e Paulo de Tarso de Lara Pires, é protegida como a própria finalidade da reserva, ao passo em que a vegetação das Áreas de Preservação permanente não seria protegida por seu próprio e intrínseco valor.<sup>281</sup> Conforme Paulo Affonso Leme Machado, a Reserva Legal tem razão de ser na virtude da prudência, que deve guiar o Brasil a ter um estoque vegetal para a conservação da biodiversidade, além de cumprir o princípio constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.<sup>282</sup> Como assevera o eminente ambientalista, “*usa-se menos a propriedade, para usar-se sempre.*”<sup>283</sup>

---

*conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001);” (grifo inexistente no original)*

<sup>278</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 159.

<sup>279</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 235-236.

<sup>280</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 863.

<sup>281</sup> PETERS, Edson Luiz; PIRES, Paulo de Tarso de Lara. **Manual de direito ambiental**. 2. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2004, p. 87-88.

<sup>282</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 883.

<sup>283</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 883.



Assim, o art. 15 do novo Código Florestal, uma vez que torna regra geral a possibilidade de cômputo das Áreas de Preservação Permanentes situadas no imóvel para fins de preenchimento da Reserva Legal, aparentemente desconsidera as razões distintas que suscitam a proteção dessas formas de vegetação.

Conforme estudo de Procuradores da República, tem-se utilizado, para justificar o art. 15 do novo Código Florestal, o argumento de que “[...] *em algumas situações as Áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal somadas impedem qualquer utilização da propriedade.*”<sup>284</sup> Todavia, como elucidam os Procuradores da República, o Código Florestal revogado já contemplava tais hipóteses, permitindo, em seu art. 16, §6º<sup>285</sup>, o cômputo das Áreas de Preservação Permanente para fins de Reserva Legal (nos casos em que a soma dessas áreas fosse superior a 80% na Amazônia Legal, 50% nas propriedades localizadas em outras regiões do país e 25% na pequena propriedade rural), razão pela qual a mudança trazida pelo art. 15 do novo Código não seria necessária.<sup>286</sup>

Também critica a medida a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. De acordo com os estudos elaborados pelo corpo de pesquisadores, o cálculo combinado entre as áreas de Reserva Legal e de Área de Preservação Permanente não apresenta sentido, já que ambas possuem funções e características diversas, conservando espécies e serviços ecossistêmicos diversos.<sup>287</sup> Segundo a pesquisa em questão, por exemplo, as áreas de APP’s ripárias diferem das áreas entre rios mantidas como reserva legal, da mesma forma que APP’s em encostas íngremes não se confundem com áreas próximas em solo plano que mantêm vegetação

<sup>284</sup> MANZANO, Álvaro Lotufo *et al.* O novo Código Florestal e a atuação do Ministério Público Federal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, out.-dez. 2011, p. 329.

<sup>285</sup> O §6º do art. 16 do Código Florestal revogado dispunha que: § 6º *Será admitido, pelo órgão ambiental competente, o cômputo das áreas relativas à vegetação nativa existente em área de preservação permanente no cálculo do percentual de reserva legal, desde que não implique em conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo, e quando a soma da vegetação nativa em área de preservação permanente e reserva legal exceder a: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)*

*I - oitenta por cento da propriedade rural localizada na Amazônia Legal; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)*

*II - cinquenta por cento da propriedade rural localizada nas demais regiões do País; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)*

*III - vinte e cinco por cento da pequena propriedade definida pelas alíneas "b" e "c" do inciso I do § 2º do art. 1º. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)*

<sup>286</sup> MANZANO, Álvaro Lotufo *et al.* O novo Código Florestal e a atuação do Ministério Público Federal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, out.-dez. 2011, p. 329.

<sup>287</sup> SILVA, José Antonio Aleixo da *et al.* **O Código Florestal e a Ciência: contribuições para o diálogo.** São Paulo: SBPC, 2011. Disponível em: <[http://www.sbpnet.org.br/site/arquivos/codigo\\_florestal\\_e\\_a\\_ciencia.pdf](http://www.sbpnet.org.br/site/arquivos/codigo_florestal_e_a_ciencia.pdf)>. Acesso em: 17/11/2012, p. 48.

nativa, a título de Reserva Legal.<sup>288</sup> Ademais, de acordo com a pesquisa da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência:

As APPs protegem áreas mais frágeis ou estratégicas, como aquelas com maior risco de erosão de solo ou que servem para recarga de aquífero, seja qual for a vegetação que as recobre, além de terem papel importante de conservação da biodiversidade. Por se localizarem fora das áreas frágeis que caracterizam as APPs, as RLs são um instrumento adicional que amplia o leque de ecossistemas e espécies nativas conservadas. São áreas complementares que devem coexistir nas paisagens para assegurar sua sustentabilidade biológica e ecológica em longo prazo.<sup>289</sup>

Com efeito, há quem afirme, como Leonardo Papp, que a intenção do art. 15 do novo Código Florestal, ao que tudo indica, é priorizar e estimular a regeneração e recomposição e a manutenção de locais em que, devido às funções ecológicas desempenhadas, a legislação prevê regime jurídico mais rígido, devendo a vegetação ser preservada (como ocorre com as Áreas de Preservação Permanente). Tal intuito seria verificado, segundo o autor, à medida que o art. 15 da Lei Federal nº 12.651/12, em seus incisos, prevê requisitos para que se autorize o cômputo das APP's como Reserva Legal, tais como o a inclusão no Cadastro Ambiental Rural, a vedação à conversão de novas áreas para uso alternativo do solo e a exigência de que a área computada esteja conservada ou em processo de recuperação.<sup>290</sup>

Entretanto, as críticas ao artigo 15 do novo Código Florestal já apresentadas no presente subcapítulo tornam verdadeiramente plausível o questionamento acerca da constitucionalidade do dispositivo legal à luz do princípio da proibição de retrocesso socioambiental. Mais do que isso, tal questionamento é inevitável em razão do argumento lançado por Álvaro Lotufo Manzano *et al* no sentido de que:

[...] a disciplina trazida pelo texto atual inegavelmente implica em diminuição da área protegida, já que admite o cômputo mesmo que não implique em aumento da área já prevista para a reserva legal, o que pode fazer com que, por exemplo, um imóvel cujas áreas de preservação permanente já

<sup>288</sup> SILVA, José Antonio Aleixo da et al. **O Código Florestal e a Ciência: contribuições para o diálogo.** São Paulo: SBPC, 2011. Disponível em: <[http://www.sbpnet.org.br/site/arquivos/codigo\\_florestal\\_e\\_a\\_ciencia.pdf](http://www.sbpnet.org.br/site/arquivos/codigo_florestal_e_a_ciencia.pdf)>. Acesso em: 17/11/2012, p. 48.

<sup>289</sup> SILVA, José Antonio Aleixo da et al. **O Código Florestal e a Ciência: contribuições para o diálogo.** São Paulo: SBPC, 2011. Disponível em: <[http://www.sbpnet.org.br/site/arquivos/codigo\\_florestal\\_e\\_a\\_ciencia.pdf](http://www.sbpnet.org.br/site/arquivos/codigo_florestal_e_a_ciencia.pdf)>. Acesso em: 17/11/2012, p. 48.

<sup>290</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro:** Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 160.

correspondam ao percentual fixado em reserva legal, não haja necessidade de se preservar qualquer área além das APP's.<sup>291</sup>

Como abordado no decorrer desta monografia, o princípio da proibição de retrocesso socioambiental veda que o legislador infraconstitucional, de modo arbitrário e desproporcional, retroceda a patamares de proteção inferiores àqueles anteriormente verificados, suprimindo ou restringindo o nível de proteção conferido, pela lei, a determinado preceito constitucional. No presente caso, é objeto de análise crítica, portanto, o art. 15 do novo Código Florestal, diploma legislativo que revogou, recentemente, o Código Florestal anterior (Lei Federal nº 4.771/65). Afinal, o mencionado dispositivo envolve diretamente o grau de concretude atribuído, em nível legislativo, ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado insculpido no art. 225 da Constituição Federal, do qual se infere um dever de proteção jurídica à flora nacional.

A aparente inconstitucionalidade do art. 15 da Lei Federal nº 12.651 à luz do princípio da proibição de retrocesso socioambiental vem à tona à medida que se transforma em regra geral a possibilidade de que sejam computadas, para que o proprietário atinja os percentuais legais referentes à área de Reserva Legal, as Áreas de Preservação Permanente, o que diminuiria, em tese, a área verde protegida. Pronunciando-se no sentido da prejudicialidade do cômputo das APP's a título de Reserva Legal, os estudos da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência indicaram a possibilidade de riscos à própria manutenção dos ecossistemas, visto que, por exemplo:

Na região amazônica, a redução das RLs diminuiria o patamar de cobertura florestal a níveis que comprometeriam a continuidade física da floresta, aumentando significativamente o risco de extinção de espécies, comprometendo sua efetividade como ecossistemas funcionais e seus serviços ecossistêmicos.<sup>292</sup>

Logo, se a diminuição da área referente às Reservas Legais traz riscos própria efetividade dos ecossistemas funcionais e seus serviços ecossistêmicos, é possível argumentar que a opção legislativa do art. 15 da Lei Federal nº 12.651 não

<sup>291</sup> MANZANO, Álvaro Lotufo *et al.* O novo Código Florestal e a atuação do Ministério Público Federal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, out.-dez. 2011, p. 330.

<sup>292</sup> SILVA, José Antonio Aleixo da et al. **O Código Florestal e a Ciência: contribuições para o diálogo**. São Paulo: SBPC, 2011. Disponível em: <[http://www.sbpnet.org.br/site/arquivos/codigo\\_florestal\\_e\\_a\\_ciencia.pdf](http://www.sbpnet.org.br/site/arquivos/codigo_florestal_e_a_ciencia.pdf)>. Acesso em: 17/11/2012, p. 48.

condiz tampouco com o princípio da sustentabilidade, cuja essência, de acordo com Paulo Affonso Leme Machado, consiste na inserção do dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.<sup>293</sup>

Para além disso, verifica-se afronta também ao princípio da precaução, o qual impõe que os Estados e empreendedores adotem as medidas necessárias para evitar a ocorrência de danos ambientais.<sup>294</sup> O dano em questão decorre, como abordado, da provável redução da área verde protegida pela legislação, visto que as áreas de APP's situadas em determinada propriedade ou posse rural estariam computadas para fins de preenchimento da área de Reserva Legal.

Assim, quer parecer que as críticas formuladas por Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (então referentes ao Projeto de Lei nº 1.876/99) aplicam-se, igualmente, ao art. 15 do novo Código Florestal. Afinal, tendo em vista que a restrição em termos ambientais decorrente do dispositivo legal em comento não se demonstra proporcional (adequada, necessária e proporcional em sentido estrito)<sup>295</sup>, é lícito afirmar, na linha dos referidos autores, que o dispositivo legal em questão acarreta violação ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, estando ainda em descompasso com outros princípios norteadores da tutela jurídica do meio ambiente<sup>296</sup>, tais como os princípios da prevenção/precaução, do desenvolvimento sustentável e da responsabilidade para com as futuras gerações.<sup>297</sup>

Efetuada a análise do art. 15 do novo Código Florestal, passa-se, agora, ao estudo do art. 3, parágrafo único da Lei Federal nº 12.651/12.

<sup>293</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 89.

<sup>294</sup> A título de nota, como bem ilustram Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, os deveres de proteção para com a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, as próprias bases naturais da vida e os interesses das futuras gerações acarretam o dever de tomar medidas a fim de controlar os riscos e perigos decorrentes do desenvolvimento tecnológico, haja vista o comprometimento dos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao equilíbrio ambiental. Ver: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.102.

<sup>295</sup> Acerca da proporcionalidade, ver subcapítulo 2.3 ("A regra da proporcionalidade e a solução de colisões entre direitos fundamentais").

<sup>296</sup> Conforme subcapítulo 2.2 ("A sustentabilidade e o princípio da precaução"), a proteção jurídica do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (em convívio com outros direitos fundamentais) não se dá exclusivamente através do princípio da proibição de retrocesso socioambiental. Como visto, a tutela envolve, também, a observância de outros princípios igualmente importantes, como o desenvolvimento sustentável e a precaução, todos relacionados com a preocupação (jurídica) quanto às gerações futuras.

<sup>297</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 225.

No mencionado dispositivo, o legislador opta por conceder um tratamento diferenciado às propriedades e posses rurais com até 4 módulos fiscais<sup>298</sup> que desenvolvem atividades agrossilvipastoris. Tais posses e propriedades, conforme o aludido dispositivo legal, foram equiparadas, para os fins da Lei Federal nº 12.651/12, à figura da pequena propriedade ou posse rural familiar.<sup>299</sup>

Também definida no texto legal, a pequena propriedade ou posse rural familiar caracteriza-se, de acordo com o texto legal, por: (i) ser explorada através do trabalho pessoal do agricultor familiar e empreendedor familiar, incluindo assentos e projetos de reforma agrária; e (ii) atender o disposto no art. 3º da Lei nº 11.326/06.<sup>300</sup>

Trata-se, portanto, de categorias diversas que, no entanto, foram equiparadas no tratamento conferido pelo atual Código Florestal, conforme o teor do art. 3º, parágrafo único. Diante disso, é lícito indagar o que teria motivado o legislador a realizar tal equiparação.

Segundo Leonardo Papp, a escolha pauta-se em duas razões: (i) a primeira, de ordem técnica-jurídica, remete à circunstância de que o enquadramento na condição de agricultor familiar depende de critérios que oscilam com o tempo (de forma que o agricultor familiar num ano poderia deixar de sê-lo no ano seguinte), o

<sup>298</sup> Segundo Leonardo Papp, o módulo fiscal consiste numa medida expressa em hectares (um hectare corresponde a dez mil metros quadrados) que varia conforme o Município, sendo definido pelo INCRA, com base em dados existentes no Sistema Nacional de Cadastro Rural. Na definição, segundo Papp, são levados em consideração vários fatores, conforme Decreto regulamentador: (i) o tipo de exploração predominante no Município (hortifrutigranjeira, cultura permanente, cultura temporária, pecuária ou florestal); (ii) a renda obtida no tipo de exploração prevalecente; (iii) outras explorações existentes no Município que, apesar de não predominantes, são expressivas devido à renda ou à área utilizada; e (iv) o conceito de propriedade familiar verificado no art. 4º, II da Lei nº 4.504/64. Cf. PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 74-75.

<sup>299</sup> “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...] V - pequena propriedade ou posse rural familiar: aquela explorada mediante o trabalho pessoal do agricultor familiar e empreendedor familiar rural, incluindo os assentamentos e projetos de reforma agrária, e que atenda ao disposto no art. 3º da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006;

[...] Parágrafo único. Para os fins desta Lei, estende-se o tratamento dispensado aos imóveis a que se refere o inciso V deste artigo às propriedades e posses rurais com até 4 (quatro) módulos fiscais que desenvolvam atividades agrossilvipastoris, bem como às terras indígenas demarcadas e às demais áreas tituladas de povos e comunidades tradicionais que façam uso coletivo do seu território”.

<sup>300</sup> “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos:

I - não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais;

II - utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento;

III - tenha renda familiar predominantemente originada de atividades econômicas vinculadas ao próprio estabelecimento ou empreendimento;

III - tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo; (Redação dada pela Lei nº 12.512, de 2011)

IV - dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família.”

que geraria insegurança jurídica; e (ii) a segunda se deve ao fato de que os produtores rurais proprietários de imóveis com área de até 4 módulos fiscais encontram-se em posição de fragilidade jurídica não apenas quando comparados aos médios e grandes proprietários rurais, mas também em relação à própria agricultura familiar, à qual é destinado um Ministério próprio (Ministério do Desenvolvimento Agrário) e programas específicos (como o PRONAF – Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar).<sup>301</sup>

Tal equiparação não é irrisória, mesmo em termos quantitativos. Conforme estudos elaborados pela Fundação Getúlio Vargas, as pequenas propriedades, com até 4 módulos fiscais, representam significativos 1.260.396 de estabelecimentos, os quais ocupam 10,6% da área destinada à agropecuária no Brasil.<sup>302</sup> Já em termos jurídicos, tal tratamento acarreta consequências relevantes, uma vez que o novo Código Florestal atribui às propriedades familiares - e, por força da equiparação legal, também às posses e propriedades com área de até 4 módulos fiscais – uma série de regras específicas e privilegiadas.<sup>303</sup>

Apenas a título de exemplo, o novo Código Florestal prevê, em seu art. 4º, §5º, regra aplicável apenas à pequena propriedade ou posse rural, que trata da chamada agricultura de vazante (realizada na faixa de terra que fica exposta durante o período de vazante de rios e lagos). Como elucida Papp, pode ocorrer que parcela dessa faixa de terra coincida com área de APP prevista no art. 4, 0º inciso I<sup>304</sup> do novo

<sup>301</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 72.

<sup>302</sup> FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA. **Quem produz o que no campo**: quanto e onde II. Brasília: Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil, 2010. Disponível em:

<[http://www.canaldoprodutor.com.br/sites/default/files/QuemProduzoQuenoCampo\\_2010.pdf](http://www.canaldoprodutor.com.br/sites/default/files/QuemProduzoQuenoCampo_2010.pdf)>, acesso em 18/11/2012, p. 33.

<sup>303</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 70.

<sup>304</sup> “Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

*I - as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).*

*a) 30 (trinta) metros, para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;*

*b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;*

*c) 100 (cem) metros, para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;*

*d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;*

*e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;”*



Código Florestal. Entretanto, excepcionalmente, segundo o autor, o art. 4<sup>a</sup>, § 5<sup>o</sup> da Lei Federal nº 12.651/12 autoriza que, na agricultura familiar, seja realizado o plantio de culturas temporárias e sazonais de ciclo curto, sob a condição de que isso não provoque a supressão de novas áreas de vegetação nativa, de que seja conservada a qualidade da água e do solo e de que se proteja a fauna silvestre.<sup>305</sup>

Diante disso, é forçoso salientar que o art. 3<sup>o</sup>, parágrafo único da Lei Federal nº 12.651/12 estende o tratamento conferido à pequena posse ou propriedade rural familiar também às propriedades ou posses rurais (com até quatro módulos fiscais) que não se enquadram nos critérios da agricultura familiar. Dessa forma, a regra do art. 4<sup>o</sup>, §5<sup>o</sup>, que confere um tratamento excepcional à situação da agricultura de vazante, aplica-se também em benefício dos pequenos possuidores e proprietários rurais.<sup>306</sup>

Assim, o tratamento diferenciado conferido pelo novo Código Florestal às pequenas posses e propriedades rurais (que não necessariamente sejam consideradas familiares), quanto à agricultura de vazante, afigura-se de modo geral bastante louvável, à medida que são tomados em consideração, conjuntamente, aspectos sociais, econômicos e ambientais (relacionando-se, pois, com ditames do desenvolvimento sustentável) e se beneficiam produtores situados em posição de fragilidade econômica e social quando comparados a outros produtores rurais.

Porém, isso não significa que os dispositivos referentes às pequenas posses e propriedades rurais (sem prejuízo de outros tantos existentes no Código Florestal vigente<sup>307</sup>) não terão de passar pelo crivo da interpretação à luz do princípio da proibição de retrocesso socioambiental.

Nessa esteira, menciona-se o controverso art. 67 da Lei Federal nº 12.651/2012, que, referindo-se aos imóveis rurais com área de até 4 módulos fiscais, prevê que:

<sup>305</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 112.

<sup>306</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 112.

<sup>307</sup> Conforme advertido no início deste capítulo, escapam às pretensões desta monografia abordar, minuciosamente, todas as controvérsias referentes aos vários dispositivos do Código Florestal vigente, que certamente não se esgotam apenas na discussão quanto ao cômputo das APP's a título de reserva legal e no tratamento conferido às pequenas propriedades e posses rurais. Tal abordagem, deveras complexa, não condiz com o intuito desta monografia (que, muito mais humilde, consiste em demonstrar a pertinência do diálogo entre algumas das alterações veiculadas pela Lei Federal nº 12.651/12 e o princípio da proibição de retrocesso socioambiental, sem prejuízo da existência de outras tantas alterações sujeitas à interlocução ora realizada).



*Art. 67. Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo.*

Verifica-se que o dispositivo em questão preceitua que, nas propriedades com até 4 módulos fiscais que caracterizem área rural consolidada<sup>308</sup> e cujos remanescentes de floresta ou vegetação nativa não observem os percentuais previstos na Lei nº 12.651/12 (80%, 35% ou 20%, consoante a localização do imóvel), a reserva legal será constituída com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008.<sup>309</sup>

A figura da área rural consolidada é definida, no art. 3º, inciso IV da Lei Federal nº 12.651/2012, como a “*área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio*”. A área rural consolidada (que não estava prevista no Código Florestal anterior<sup>310</sup>) emerge no contexto da atribuição de tratamento diferenciado entre os locais em que as florestas e outras formas de vegetação ainda estão preservadas e as áreas em que já ocorreu a conversão da vegetação nativa para uso do solo, estando efetivamente utilizadas ou potencialmente disponíveis para atividades rurais.<sup>311</sup>

<sup>308</sup> No art. 3º, IV do Código Florestal ora vigente, a área rural consolidada é definida como a “*área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio*”. Segundo Papp, o novo Código Florestal dedicou um capítulo específico (Capítulo XIII) para tratar das áreas rurais consolidadas, intitulado de disposições transitórias, no qual se diferencia o tratamento jurídico em relação a locais em que ainda não tenha ocorrido ocupação antrópica ou uso alternativo do solo (Cf. PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 50). Segundo ele, o Capítulo XIII tem como foco a necessidade de reconhecer tratamento diferenciado às áreas rurais consolidadas, mesmo que a efetiva ou potencial realização de atividades produtivas nesses lugares esteja em conflito com a literalidade da legislação ambiental vigente anteriormente (Cf. PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 224).

<sup>309</sup> A data de 22 de julho de 2008 coincide com a da publicação do Decreto Federal nº 6.514, que dispõe sobre infrações administrativas ao meio ambiente. Como relata Papp, a fixação da data foi objeto de amplo e acirrado debate durante a elaboração da Lei nº 12.651/12, tendo a data mencionada predominado entre os legisladores. Cf. PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 55.

<sup>310</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 49.

<sup>311</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 252.

Assim, cabe destacar, ainda que não seja esta o objeto central desta investigação, que a própria categoria da área rural consolidada é objeto de intensas críticas, existindo inclusive quem afirme que se trata de uma anistia aos desmatamentos ilegais ocorridos previamente a 22 de julho de 2008.<sup>312</sup> Inclusive, membros do Ministério Público Federal, em obra conjunta, asseveram que a categoria em questão viola o princípio da isonomia, o dever geral de proteção do meio ambiente e a função social da propriedade, encontrando óbice, ainda, no princípio da proibição de retrocesso.<sup>313</sup>

De toda forma, constata-se que, devido ao art. 67 da Lei Federal nº 12.651/2012, o pequeno produtor não estará obrigado a realizar as medidas de recomposição, regeneração ou compensação previstas no novo Código Florestal, podendo utilizar-se potencial ou efetivamente das áreas rurais consolidadas, ainda que isso permita a ocupação do imóvel com atividades produtivas em patamar superior ao que seria viável caso se aplicassem os percentuais da referentes à reserva Legal previstos no art. 12 do Código Florestal em vigor.<sup>314</sup> Inclusive, poderá haver imóveis em que não incidirão obrigações relativas à reserva legal, caso toda a vegetação nativa tenha sido convertida para uso alternativo do solo previamente a 22 de julho de 2008.<sup>315</sup>

Nesse panorama, tal como verificado em relação ao art. 15 do novo Código Florestal (anteriormente analisado), a regra do art. 67 do novo Código Florestal poderá acarretar a diminuição da área de reserva legal no país, dado que reclama a verificação de sua constitucionalidade sob a ótica do princípio da proibição de retrocesso socioambiental, nos moldes já apresentados anteriormente.

Afinal, as críticas formuladas por Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer à proposta de extinção da reserva legal nas propriedades com até 4 módulos fiscais, conforme

<sup>312</sup> Cf. AMARAL, Leonardo Coelho do. Anistia e Código Florestal. **Ecodebate**, Belo Horizonte, 12 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2012/11/12/anistia-e-codigo-florestal-artigo-de-leonardo-coelho-do-amaral/>>. Acesso em: 03/12/2012.

<sup>313</sup> A própria ideia da área rural consolidada (categoria inexistente no Código Florestal revogado) é objeto de intensas críticas. Menciona-se, por exemplo, a posição sustentada pelos Procuradores da República atuantes junto ao Ministério Público Federal, que, em obra conjunta, asseveram que a categoria em questão viola o princípio da isonomia, o dever geral de proteção do meio ambiente e a função social da propriedade, encontrando óbice, ainda, no princípio da proibição de retrocesso (Cf. MANZANO, Álvaro Lotufo *et al.* O novo Código Florestal e a atuação do Ministério Público Federal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, out.-dez. 2011, p. 282-293).

<sup>314</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 252.

<sup>315</sup> PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012, p. 252-253.

constava no Projeto de Lei nº 4.771/2012, parecem igualmente aplicáveis ao art. 67 da Lei Federal nº 12.651/2012, ora em análise. Na ocasião, os autores aduziram que não foram demonstrados benefícios econômicos capazes de compensar os prejuízos causados à população brasileira em termos ecológicos e de qualidade de vida, em especial se a Constituição impõe que o desenvolvimento econômico seja sustentável, social e ecologicamente.<sup>316</sup>

De outra banda, cabe salientar que a regra da proporcionalidade consiste num dos parâmetros para a aplicação do princípio da proibição de retrocesso socioambiental.<sup>317</sup> Desse modo, a análise quanto à constitucionalidade ou não do art. 67 do novo Código Florestal (assim como de qualquer outro dispositivo) com fulcro no princípio da proibição de retrocesso socioambiental deve ser permeada, entre outros, pela indagação acerca de se a figura da área rural consolidada, no tocante às posses e propriedades com até 4 módulos fiscais, eventualmente não contribui, de forma proporcional, para a viabilização de atividades necessárias no âmbito econômico-social.

Em outras palavras, trata-se de investigar se, apesar da restrição a um aspecto do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o dispositivo em questão promove ou não o desenvolvimento sustentável conciliando, ao mesmo tempo, proporcionalmente, a proteção do meio ambiente com os aspectos econômicos e sociais. Além disso, deverá ser inserido no presente debate o princípio da precaução, com base no qual se impõe que Estados e particulares tomem as providências necessárias a evitar a ocorrência de danos ambientais, mesmo diante da ausência de certeza científica.<sup>318</sup>

Nesta monografia não se avançará minuciosamente no mérito das disposições analisadas de forma a concluir, inequivocadamente, acerca de sua constitucionalidade ou não à luz do princípio da proibição de retrocesso socioambiental. De todo modo, a exposição realizada demonstra a relevância assumida pelo princípio em comento enquanto limite à atividade do legislador

---

<sup>316</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional:** Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 225.

<sup>317</sup> Ver subcapítulos 2.3. (“A regra da proporcionalidade e a solução de colisões entre direitos fundamentais”) e 2.4 (“O princípio da proibição de retrocesso socioambiental”).

<sup>318</sup> Acerca da sustentabilidade e do princípio da precaução, ver subcapítulo 2.2. (“A sustentabilidade e o princípio da precaução”).

infraconstitucional, conforme demonstra a controvérsia referente a determinados dispositivos da Lei Federal nº 12.651/2012.

E, embora persistam dificuldades quanto à delimitação do campo de aplicação princípio da proibição de retrocesso socioambiental, trata-se de princípio com contornos bastante sólidos no cenário jurídico nacional. Mais do que isso, no que tange ao atual Código Florestal, tal como ocorrera durante seu trâmite legislativo, surgirão intensos debates jurídicos acerca de sua constitucionalidade sob o prisma do princípio da proibição de retrocesso socioambiental.

Corroborando tal constatação, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer aduzem que se o Projeto de Lei nº 1.876/99 fosse aprovado, precisamente por diminuir níveis de proteção em matéria ambiental, presumir-se-ia a inconstitucionalidade, cabendo ao ente estatal que a elaborou o ônus de demonstrar o contrário, isto é, que não há afronta aos direitos fundamentais e, em especial, ao direito a uma vida digna, segura e saudável da população brasileira.<sup>319</sup>

Mais do que isso, tudo indica que esse debate se estenderá ao Judiciário, uma vez que o princípio da proibição de retrocesso socioambiental já serviu de fundamento, por exemplo, para Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral da República em face de dispositivo do Código do Meio Ambiente do Estado do Mato Grosso.<sup>320</sup>

Diante disso, é pertinente transcrever o posicionamento de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, que bem indicam os moldes em que se deve dar a atuação do Judiciário ao lidar com a controvérsia estudada ao longo da presente monografia:

O mesmo ‘dever de fundamentação e justificação’ – incidirá sobre os Juízes e Tribunais encarregados de julgar as impugnações sofridas por tal norma, tanto no plano abstrato quanto difuso, no âmbito do estrito controle da legitimidade constitucional de qualquer tipo de restrição a direitos fundamentais, tomando a sério as exigências, entre outras, da proporcionalidade e salvaguarda do assim chamado conteúdo essencial

<sup>319</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 225-226.

<sup>320</sup> Na Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral da República em face de dispositivos do Código do Meio Ambiente do Estado do Mato Grosso, sustentou-se, com base na vedação de retrocesso, a inconstitucionalidade de dispositivos que dispensam o estudo prévio de impacto ambiental para o licenciamento de empreendimentos hidrelétricos com potencial entre 10 e 30 MW. O teor da petição inicial da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade encontra-se disponível em: <[http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/ADI%204529.pdf](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204529.pdf)>. Acesso em: 20/11/2012.

(não mínimo) dos direitos, inclusive no âmbito da proibição de retrocesso em matéria socioambiental.<sup>321</sup>

De toda forma, como já sedimentado nesta monografia, o princípio da proibição de retrocesso socioambiental acarreta a suspeita de inconstitucionalidade acerca da medida legislativa que reduza, em termos legislativos, o nível de proteção em termos de proteção ao meio ambiente. De outra banda, como o princípio da proibição de retrocesso apresenta caráter relativo, sua aplicação deve ser cautelosa, sob pena de, do contrário, engessar-se a atividade do legislador ordinário.

Em se tratando do novo Código Florestal, tais constatações são bastante relevantes, pois a lei em análise envolve uma gama de direitos fundamentais de ordem econômica, social e ambiental que, muitas vezes, colidem entre si. Não por acaso, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer reconhecem que as eventuais limitações aos direitos fundamentais, especialmente em decorrência da atividade legislativa infraconstitucional, devem observar o imperativo da proporcionalidade<sup>322</sup>, de forma que seria inconstitucional, no caso, a limitação legislativa que violasse o núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente.<sup>323</sup>

Tais apontamentos deverão ser devidamente considerados quando da análise da constitucionalidade do art. 15, art. 3º, parágrafo único e art. 67 do novo Código Florestal (bem como de quaisquer outros dispositivos) à luz do princípio da proibição de retrocesso socioambiental.

Afinal, o exame referente à incidência ou não do princípio da proibição de retrocesso socioambiental demanda alta dose de atenção. É que, por um lado, em razão da proibição de retrocesso socioambiental, incide a suspeita de inconstitucionalidade (que traz consigo um imanente dever de justificação) sobre a medida legislativa que provoque restrição ou supressão dos níveis de concretização legislativa obtida pelo direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por outro lado, não se pode descartar, de antemão, a possível existência de inovações legislativas proveitosas no novo Código Florestal que,

---

<sup>321</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional:** Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 226.

<sup>322</sup> Ver subcapítulo 2.3 (“A regra da proporcionalidade e a solução de colisões entre direitos fundamentais”).

<sup>323</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional:** Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 224.

apesar da mencionada restrição, fomentem, de maneira proporcional, o nível de realização de outros direitos fundamentais (de ordem econômica e social) tutelados pelo ordenamento.



## CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, nascida num contexto de emancipação política e social, não se restringe à delimitação das competências do Estado e à tutela dos direitos de liberdade. Diversamente, a Magna Carta estabelece também fins e tarefas a serem cumpridos pelo Estado Democrático de Direito, prevendo ainda um vasto rol de direitos fundamentais.

Entretanto, as previsões estabelecidas pelo Poder Constituinte não necessariamente tem o condão de, por si sós, desencadear os efeitos pretendidos. Sem filiar-se a esta ou aquela classificação normativa, verificou-se que diversas normas constitucionais (inclusive normas programáticas e normas que definem direitos fundamentais) reclamam a atuação específica do legislador infraconstitucional e de outros órgãos estatais para que a totalidade de seus efeitos essenciais seja produzida.

A presente monografia voltou-se, de forma mais específica, à análise da atuação do legislador infraconstitucional. Com efeito, a liberdade de conformação do legislador não é absoluta, haja vista a vinculação a fins e tarefas previstos na Magna Carta por força do dirigismo constitucional.

Nesse cenário, consolida-se implicitamente no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da proibição de retrocesso. Tal princípio destina-se a impedir que o legislador, uma vez regulada no plano da legislação infraconstitucional determinada norma constitucional, arbitrariamente retroceda de modo a suprimir ou reduzir o nível de concretização existente. Do contrário, diversos avanços referentes à concretização de normas constitucionais estariam à mercê do mero arbítrio do legislador, o qual, mesmo por razões obscuras, poderia revogar ou restringir a proteção conferida.

Entretanto, o princípio da proibição de retrocesso não apresenta natureza absoluta, já que isso engessaria a atividade do legislador a tal ponto em que não lhe fosse viável promover as alterações legislativas necessárias no atual panorama de aceleradas transformações políticas, econômicas e sociais.

Em razão disso, os doutrinadores têm lidado de formas diversas com a nebulosidade que ainda paira acerca dos limites da aplicação do princípio da

proibição de retrocesso, inexistindo unanimidade quanto ao ponto. Há quem sustente que eventual restrição normativa não pode atingir a concretização normativa que atingiu consenso básico na sociedade; há também quem advogue que a restrição não poderá violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Por sinal, segundo parte da doutrina, a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais resulta da aplicação da regra da proporcionalidade, de forma que seriam proporcionais as restrições a direitos fundamentais que não violem o conteúdo essencial dos direitos restringidos.

Sem optar expressamente por uma proposta específica, o presente trabalho acadêmico enveredou no sentido de que o princípio da proibição de retrocesso, além de apresentar caráter relativo, não pode ser analisado unilateralmente. Tal linha de raciocínio evidencia-se, por exemplo, na complexidade referente à incidência do princípio da proibição de retrocesso em matéria socioambiental.

A norma definidora do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado insculpida no art. 225 da Magna Carta demanda, em vários aspectos, a concretização legislativa no plano infraconstitucional a fim de que a totalidade de seus efeitos essenciais seja gerada. Tal constatação demonstra a pertinência, também na seara ambiental, do princípio da proibição de retrocesso, de modo que se evitem restrições ou supressões arbitrárias quanto ao nível de concretização legislativa obtido pelo direito fundamental em análise.

Aliás, a complexidade que a aplicação do princípio da proibição de retrocesso socioambiental pode assumir diante de casos concretos é patente, por exemplo, na polêmica instaurada quanto ao novo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012, complementada pela Lei Federal nº 12.727/2012). O diploma legislativo em questão, que revogou o antigo Código Florestal, tem sido tachado, em diversos segmentos sociais, como um “retrocesso”.

Na presente monografia, a abordagem à luz do princípio da proibição de retrocesso socioambiental limitou-se a apenas alguns aspectos do novo Código Florestal (art. 15, art. 3º, parágrafo único, art. 4º, §5º e art. 67), ainda que outros dispositivos legais da Lei Federal nº 12.651/2012 também demandem estudo semelhante.

A opção justificou-se pelo intuito de considerar, na medida do possível, as várias peculiaridades envolvidas. É que não se pode, ao menos de forma técnica,

atribuir-se superficialmente ao novo Código Florestal o caráter de retrocesso, sem que se considerem, minuciosamente, os diversos aspectos (ambientais, econômicos e sociais) envolvidos em relação a cada dispositivo da nova legislação. Assim, no estudo de caso não se olvidou que o novo Código Florestal se insere na pauta da sustentabilidade, a qual impõe a árdua tarefa de que se conciliem desenvolvimento, preservação do meio ambiente e melhoria da qualidade de vida, levando em conta também as necessidades das gerações futuras.

De toda forma, nota-se que o princípio da proibição de retrocesso socioambiental consiste indubitavelmente em importante garantia da proteção dos níveis de concretização legislativa atingidos pela norma definidora do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Entretanto, é igualmente lícito pontuar que o princípio em comento não tem o condão de impedir toda forma de restrição aos direitos em matéria ambiental, como se evidenciou no diálogo com o novo Código Florestal.

Por exemplo, as constatações desenvolvidas ao longo do trabalho demonstram que o art. 15 do novo Código Florestal (que autoriza o cômputo das Áreas de Preservação Permanente para fins de composição da área de Reserva Legal no imóvel rural) parece, sob o prisma do princípio da proibição de retrocesso socioambiental, eivado de inconstitucionalidade. Inclusive, a restrição decorrente do dispositivo legal em questão não soa proporcional, tendo ainda violado outros princípios norteadores da tutela jurídica do meio ambiente, tais como o princípio da precaução e do desenvolvimento sustentável.

Por sua vez, em sentido diverso, o parágrafo único do art. 3º do novo Código Florestal (equiparação legal que confere tratamento mais benéfico, em termos de deveres ambientais, para posses ou propriedades rurais com até quatro módulos fiscais), não obstante a restrição legislativa em termos estritamente ambientais, apresenta-se oportuno à medida que favorece o pequeno produtor situado em posição de maior vulnerabilidade econômica e social. Em outras palavras, apesar da redução dos níveis de proteção em matéria ambiental, há o correlato incremento da satisfação de direitos de cunho econômico e social.

Isso não significa, contudo, que as consequências legais decorrentes da mencionada equiparação legal também não deverão passar por exame de constitucionalidade com base no princípio da proibição de retrocesso

socioambiental. Afinal, de um lado derivam dispositivos aparentemente louváveis, como o art. 4º, §5º da Lei Federal 12.651/2012, que trata da chamada agricultura de vazante; de outro decorrem previsões no mínimo questionáveis, a exemplo do art. 67 do novo Código Florestal (que, em alguns casos, pode desonerar totalmente o pequeno agricultor de promover as medidas de recomposição, regeneração ou compensação de vegetação previstas no novo Código Florestal, ainda que não cumpridas as exigências referentes à Reserva Legal).

Percebe-se, pois, que o princípio da proibição de retrocesso socioambiental impõe uma suspeita de inconstitucionalidade à alteração legislativa que cause, mesmo que prospectivamente, a redução do nível de concretização legislativa em termos socioambientais obtido pela norma constitucional. Contudo, a análise quanto à constitucionalidade ou não de determinada alteração legislativa deverá ser realizada com base nas peculiaridades de cada caso concreto, considerando também aspectos importantes como a sustentabilidade, o princípio da precaução e, especialmente diante de colisões de direitos fundamentais, da regra da proporcionalidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1997.

AMARAL, Leonardo Coelho do. Anistia e Código Florestal. **Ecodebate**, Belo Horizonte, 12 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2012/11/12/anistia-e-codigo-florestal-artigo-de-leonardo-coelho-do-amaral/>>. Acesso em: 03/12/2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ÁVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança jurídica. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 1, jan./mar. 2006, p. 189-206.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

AYALA, Patryck de Araújo. Mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso em matéria ambiental: considerações sobre inconstitucionalidade do Código do Meio Ambiente de Santa Catarina. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 60, out.-dez. 2010, p. 329-371.

\_\_\_\_\_. Mínimo existencial ecológico e transconstitucionalismo na experiência jurídica brasileira: uma primeira leitura de jurisprudência comparada. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 59, jul.-set. 2010, p. 312-332.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In:

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 327-378.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BENJAMIN, Antonio Hermann. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57-130.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural: direito ambiental, função social da propriedade, bens ambientais, espaços territoriais especialmente protegidos, indenização, legislação, jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22164. Relator: Celso de Mello. Brasília, 30 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2822164%20ENOME%2E+OU+22164%20EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04/09/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 403190/SP. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 27 de junho de 2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101251250&dt\\_publicacao=14/08/2006](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101251250&dt_publicacao=14/08/2006)>. Acesso em 24/11/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 302906/SP. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 26 de agosto de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100140947&dt\\_publicacao=01/12/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100140947&dt_publicacao=01/12/2010)>. Acesso em: 24/11/2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. [Anais de teleconferência]. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito constitucional ambiental português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. rev. Saraiva: São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição**. Lisboa: Livraria Almedina, 1985.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**; mar.-ago./2002, p. 29-42.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 433-495.

EXMAN, Fernando; PERES, Bruno; MARTINS, Daniela. Decisão sobre Código Florestal é 'retrocesso', diz ministra. **G1**, 30 de agosto de 2012. Disponível: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2012/08/decisao-sobre-codigo-florestal-e-retrocesso-diz-ministra.html>>. Acesso em: 16/11/2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FELLET, João. Brasil avança no ranking do IDH, mas alta desigualdade persiste. **BBC Brasil**, Brasília, 02 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/11/111102\\_brasil\\_idh\\_jf.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/11/111102_brasil_idh_jf.shtml)>. Acesso em: 27/08/2012.

FELLET, João; CABRAL, Paulo. Veto parcial a Código Florestal divide ruralistas e ambientalistas. **BBC Brasil**, Brasília, 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120525\\_debate\\_codigo\\_jf.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120525_debate_codigo_jf.shtml)>. Acesso em: 16/11/2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco Fiorillo. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA. **Quem produz o que no campo: quanto e onde II**. Brasília: Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil, 2010. Disponível em: <[http://www.canaldoprodutor.com.br/sites/default/files/QuemProduzoQuenoCampo\\_2010.pdf](http://www.canaldoprodutor.com.br/sites/default/files/QuemProduzoQuenoCampo_2010.pdf)>, acesso em 18/11/2012.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

ITÁLIA. *La Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <[http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1\\_titolo2.html](http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1_titolo2.html)>. Acesso em: 18/07/2012.

KÄSSMAYER, Karin. **Cidade, riscos e conflitos socioambientais urbanos**: desafios à regulamentação jurídica na perspectiva da justiça socioambiental. 259 f. Tese (Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19995/karin.pdf;jsessionid=A7EB72E02B7D5492EB729710FC91C1BE?sequence=1>>. Acesso em: 26/11/2012.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento sustentável**: uma passagem de seu conceito à aplicabilidade urbana. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2005-11-09T090914Z-233/Publico/DtoKarin.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2005-11-09T090914Z-233/Publico/DtoKarin.pdf)>. Acesso em: 26/11/2012.

KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 1-12.

KRELL, Andreas. A efetividade dos direitos sociais no Brasil. In: PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes (Coord.). **Direito constitucional em evolução: perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 219-237.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev., atual, e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003.

\_\_\_\_\_. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 131-204.

LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. Princípio da precaução no direito brasileiro e no direito internacional e comparado. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 351-372.

MANGUEIRA, Clarissa. Brasil bate Reino Unido e se torna 6ª maior economia do mundo, diz jornal. **Estadão**, São Paulo, 26 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,brasil-bate-reinounido-e-se-torna-6-maior-economia-do-mundo-diz-jornal,97257,0.htm>>. Acesso em: 27/08/2012

MANZANO, Álvaro Lotufo *et al.* O novo Código Florestal e a atuação do Ministério Público Federal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, out.-dez. 2011, p. 265-363.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Constituição. 5. ed. rev. e atual., tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 4. ed. rev. e atual., tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Meio Ambiente (1992). Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc)>. Acesso em: 31/08/2012.

\_\_\_\_\_. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 24/10/2012.

\_\_\_\_\_. Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/desenvolv.htm>>. Acesso em: 29/11/2012.

\_\_\_\_\_. Relatório da Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: Nosso Futuro Comum. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>>. Acesso em 04/10/2012.

PALLIERI, Giorgio Balladore. **Diritto Costituzionale**, 2. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950.

PAPP, Leonardo. **Comentários ao novo Código Florestal Brasileiro**: Lei n. 12.651/12. Campinas: Millennium, 2012.

PELISSON, Elizabeth Albuquerque. **Reflexões sobre o princípio da retrogradação socioambiental no Estado Democrático de Direito Brasileiro**: contorno teórico e aplicabilidade sócio-jurídica. 54 f. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/16204/16204.PDF>>. Acesso em: 02/11/2012.

PETERS, Edson Luiz; PIRES, Paulo de Tarso de Lara. **Manual de direito ambiental**. 2. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2004.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. rev., tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 39/84. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Lisboa, 11 de abril de 1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em: 02/11/2012.

RIGHETTI, Sabine. Para ONGs, Código Florestal é principal retrocesso desde a Rio-92. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/1105825-para-ongs-codigo-florestal-e-principal-retrocesso-desde-a-rio-92.shtml>>. Acesso em: 16/11/2012.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. O princípio da precaução e a sua aplicação na Justiça Brasileira: estudo de casos científicos. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 373-400.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**: parte geral. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia**: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Petrópolis, 2005.



SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Antonio Aleixo da *et al.* **O Código Florestal e a Ciência**: contribuições para o diálogo. São Paulo: SBPC, 2011. Disponível em: <[http://www.sbpnet.org.br/site/arquivos/codigo\\_florestal\\_e\\_a\\_ciencia.pdf](http://www.sbpnet.org.br/site/arquivos/codigo_florestal_e_a_ciencia.pdf)>. Acesso em: 17/11/2012.

SILVA, Solange Teles da. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 75-92.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 4, out./dez. 2006, p. 23-51.

\_\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 23-50.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WOLFRUM, Rüdiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 13-28.

<[http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/ADI%204529.pdf](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204529.pdf) >. Acesso em: 20/11/2012